



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1990 Vol. 1

1^{er} cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 3-223

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 3-223

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Bank of Montreal v. Hall 121

Banks and banking — Secured loans — Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act — Security seized — Provincial legislation requiring judicial approval for seizure of security — Whether or not acts constitutional — Whether or not bank required to comply with provisions of provincial act when enforcing security interest created under federal act — Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, ss. 178, 179 (formerly Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89; now Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 178, 179) — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 19, 27.

Constitutional law — Division of powers — Paramourcy — Federal power over banks and banking and provincial power over property and civil rights — Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act — Security seized — Provincial Limitation of Civil Rights Act requiring judicial approval for seizure of security — Whether or not acts constitutional — Whether or not acts conflicting so as to render provincial act inoperative.

Cloutier v. Langlois 158

Criminal law — Assault — Searches — Police officers accused of assault for having searched respondent after his arrest — Whether search of respondent justified — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(b).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada 117

Tribunaux — Pratique — Requête en nouvelle audition de pourvoi — Requête rejetée.

Banque de Montréal c. Hall 121

Banques et opérations bancaires — Prêts garantis — Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Saisie des biens visés par la sûreté — Loi provinciale exigeant l'approbation judiciaire de la saisie des biens visés par la sûreté — Constitutionnalité des lois — La banque est-elle tenue de se conformer aux dispositions de la loi provinciale quand elle exécute la sûreté établie en vertu de la loi fédérale? — Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, art. 178, 179 (autrefois Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89; maintenant Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 178, 179) — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 19, 27.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance — Compétence fédérale sur les banques et les opérations bancaires et compétence provinciale sur la propriété et les droits civils — Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Saisie des biens visés par la sûreté — La loi provinciale intitulée The Limitation of Civil Rights Act exige l'approbation judiciaire de la saisie de biens visés par la sûreté — Constitutionnalité des lois — Y a-t-il conflit de lois de manière à rendre la loi provinciale inopérante?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Police powers — Search incidental to an arrest — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested.

Criminal law — Appeals before appellate court — Question of law — Legality of search carried out at time of arrest — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 771(1)(a).

Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. 117

Courts — Practice — Motion for a rehearing of appeal — Motion dismissed.

R. v. Brydges 190

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Affordability of counsel — Legal Aid and duty counsel — Accused informed of his right to counsel — Accused requesting information about Legal Aid and expressing concerns about being unable to afford a lawyer — Accused not informed at that time of the availability of Legal Aid and duty counsel — Whether accused's right to counsel infringed — Whether police had the duty to inform the accused of the availability of Legal Aid and duty counsel — Whether accused waived his right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Whether an accused has the right in all cases to be informed of the availability of Legal Aid and duty counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Statements obtained in violation of the Charter — Whether accused's statements should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. D'Amours 115

Criminal law — Appeal — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in refusing to admit fresh evidence?

R. v. Delafosse 114

Criminal law — Evidence — Admissibility.

R. v. Duarte 30

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2)(a), 178.16(1)(a), (b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of breach of Charter inadmissible if administration of justice would be

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Cloutier c. Langlois 158

Droit criminel — Voies de fait — Fouilles — Policiers accusés de voies de fait pour avoir fouillé l'intimé après son arrestation — La fouille de l'intimé était-elle justifiée? — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245b).

Droit criminel — Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à l'arrestation — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

Droit criminel — Pourvois devant la cour d'appel — Question de droit — Légalité d'une fouille effectuée au moment de l'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 771(1)a).

R. c. Brydges 190

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Capacité de défrayer les services d'un avocat — Aide juridique et avocat de garde — Accusé informé de son droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a demandé des renseignements au sujet de l'aide juridique et s'est inquiété de sa capacité de se payer un avocat — L'accusé n'a pas alors été informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Les policiers étaient-ils tenus d'informer l'accusé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a-t-il dans tous les cas le droit d'être informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — Déclarations obtenues en violation de la Charte — Faut-il écarter les déclarations de l'accusé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. D'Amours 115

Droit criminel — Appel — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle erré en refusant d'admettre la nouvelle preuve?

R. c. Delafosse 114

Droit criminel — Preuve — Admissibilité.

R. c. Duarte 30

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

brought into disrepute — Evidence obtained as result of unintentional Charter breach — Whether or not admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic surveillance — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter.

R. v. Hicks 120

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent.

R. v. Shubley 3

Constitutional law — Double jeopardy — Inmate disciplined for incident occurring within penal institution — Inmate later charged with criminal offence — Whether or not trial for criminal offence in violation of s. 11(h) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h) — R.R.O. 1980, Reg. 649, ss. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

R. v. Wiggins 62

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

Criminal law — Electronic surveillance — Authorizations — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(1), (2)a), 178.16(1)a), b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Preuve — Recevabilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte irrecevable si son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Preuve obtenue à la suite d'une violation non intentionnelle de la Charte — Son utilisation serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance électronique — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

R. c. Hicks 120

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence.

R. c. Shubley 3

Droit constitutionnel — Double péril — Détenu soumis à une peine disciplinaire à cause d'un incident survenu dans un établissement correctionnel — Détenu poursuivi par la suite au criminel — Le procès relatif à l'infraction criminelle viole-t-il l'art. 11h) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h) — R.R.O. 1980, Règ. 649, art. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

R. c. Wiggins 62

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a) ou 178.16(1)b) viole-t-il le droit garanti par la

Suite à la page suivante

>

CONTENTS (Concluded)

to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

Rawluk v. Rawluk 70

Family law — Property — Constructive trust — Wife contributing to accumulation of assets held in husband's name — Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day — Assets appreciating significantly after valuation day — Whether or not the constructive trust applicable where the Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment — Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, ss. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

Trusts and trustees — Constructive trust — Family assets — Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day — Assets appreciating significantly after valuation day — Whether or not the constructive trust applicable where the Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment.

Reekie v. Messervey 219

Judgments and orders — Application to vary an order refusing leave to appeal to the Supreme Court of Canada — Order creating an injustice for applicant — Order made on the basis of written material only — Order varied — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Application to vary an order refusing leave to appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to reconsider a decision made on an application for leave to appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

Practice — Supreme Court of Canada — Application to vary an order for leave to appeal — Order made on the basis of written material only — Order varied pursuant to Rule 7 of the Supreme Court Rules — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

SOMMAIRE (Fin)

Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)a), 178.16(1)b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a) ou 178.16(1)b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Surveillance électronique — Autorisations — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a) ou 178.16(1)b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

Rawluk c. Rawluk 70

Droit de la famille — Biens — Fiducie par interprétation — Contribution de l'épouse à l'acquisition de biens détenus au nom de l'époux — Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation — Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation — Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause? — Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Biens familiaux — Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation — Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation — Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause?

Reekie c. Messervey 219

Jugements et ordonnances — Requête en rectification d'une ordonnance refusant l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Ordonnance causant une injustice à la requérante — Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement — Ordonnance rectifiée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Requête en rectification d'une ordonnance refusant une autorisation de pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour réexaminer une décision rendue au sujet d'une requête en autorisation de pourvoi? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en rectification d'une ordonnance d'autorisation de pourvoi — Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement — Ordonnance rectifiée conformément à l'art. 7 des Règles de la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1990

1^{er} volume, 1990

Frank Manny Shubley Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. SHUBLEY

File No.: 20815.

1989: October 6; 1990: January 18.

Present: Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Double jeopardy — Inmate disciplined for incident occurring within penal institution — Inmate later charged with criminal offence — Whether or not trial for criminal offence in violation of s. 11(h) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h) — R.R.O. 1980, Reg. 649, ss. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

Appellant, an inmate, allegedly assaulted another inmate. The superintendent of the detention centre conducted an informal hearing to ascertain the facts pertaining to appellant's alleged misconduct and ordered him placed in solitary confinement for five days with a restricted diet. The victim of the alleged assault later laid a complaint which resulted in the appellant's being charged with assault causing bodily harm contrary to s. 245.1(1)(b) of the *Criminal Code*. After arraignment, counsel moved to stay the proceedings on the indictment, on the ground that a trial would violate appellant's right under s. 11(h) of the *Charter*, not to be tried and punished twice for the same offence. The trial judge accepted this submission. The Court of Appeal, relying on the intervening decision of this Court in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, reversed this decision, ruling that prosecution under the *Criminal Code* did not violate s. 11(h) of the *Charter*. At issue here were: (1) whether there had been a violation of s. 11(h) of the *Charter* (which depended on whether or not the prison disciplinary proceeding was a final finding of guilty and punishment for an "offence"); and, (2) whether Regulation 649 precluded proceeding with the prosecution under the *Criminal Code*.

Held (Wilson and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Frank Manny Shubley Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. SHUBLEY

N° du greffe: 20815.

1989: 6 octobre; 1990: 18 janvier.

b

Présents: Les juges Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

c

Droit constitutionnel — Double péril — Détenu soumis à une peine disciplinaire à cause d'un incident survenu dans un établissement correctionnel — Détenu poursuivi par la suite au criminel — Le procès relatif à l'infraction criminelle viole-t-il l'art. 11h) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h) — R.R.O. 1980, Règ. 649, art. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

L'appellant, qui était lui-même détenu, aurait assailli un autre détenu. Le directeur du centre de détention a procédé à une enquête informelle pour vérifier les faits concernant la mauvaise conduite reprochée à l'appellant et l'a placé en isolement cellulaire pendant cinq jours à un régime alimentaire réduit. La victime de l'agression reprochée a plus tard déposé une plainte à la suite de laquelle l'appellant a été accusé d'avoir commis des voies de fait causant des lésions corporelles, contrairement à l'al. 245.1(1)(b) du *Code criminel*. Après l'interpellation de l'appellant, son avocat a demandé la suspension des procédures relatives à l'acte d'accusation pour le motif qu'un procès violerait le droit que lui garantissait l'al. 11h) de la *Charte* de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction. Le juge du procès a retenu cet argument. La Cour d'appel, se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, rendu dans l'intervalle, a infirmé cette décision et statué que les poursuites intentées en vertu du *Code criminel* ne violaient pas l'al. 11h) de la *Charte*. Les questions ici en litige sont les suivantes: (1) Y a-t-il eu violation de l'al. 11h) de la *Charte*? (La réponse à cette question dépend du point de savoir si les procédures disciplinaires du centre de détention constituent une déclaration définitive de culpabilité et une punition pour une «infraction») et (2) Le règlement 649 empêche-t-il d'intenter des poursuites en vertu du *Code criminel*?

Arrêt (les juges Wilson et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Per Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: An offence falls under s. 11(h) of the *Charter* if the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings, or if the punishment invoked involves the imposition of true penal consequences.

The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act which gave rise to the proceedings but rather with the nature of the proceedings themselves. Section 11(h) provides protection against duplication in proceedings of a criminal nature. It does not preclude two different proceedings, one criminal and the other not criminal, flowing from the same act. The appellant consequently is answerable to the State for his crime, to the victim for injury caused and to the prison officials for breach of discipline.

The prison disciplinary proceeding was not, by its very nature, criminal. Its purpose was to maintain order in the prison, not to mete out criminal punishment. It lacked the essential characteristics of a proceeding on a public, criminal offence. If appellant had been called upon twice to answer to the State for his crime, s. 11(h) would apply. Section 11(h) does not operate so as to preclude his being answerable to prison officials for a breach of discipline as well as to the State for his crime.

The disciplinary measures taken did not involve the imposition of true penal consequences. A true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. The measures taken here were confined to the manner in which the inmate serves his time and involved neither punitive fines nor a sentence of imprisonment. They were entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and were not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large.

Section 29 offered no basis upon which a court could stay a criminal prosecution where disciplinary proceedings had taken place. Firstly, the plain words of the section did not support such an interpretation. The section provided that internal disciplinary proceedings had to be discontinued where external criminal proceedings had commenced, but omitted reference to the converse situation—the staying of a criminal prosecution where internal proceedings were completed. Secondly, s.

Les juges Sopinka, Gonthier et McLachlin: Une infraction relève de l'al. 11h) de la *Charte* si les procédures sont, de par leur nature même, des procédures criminelles ou si la peine invoquée comporte l'imposition de véritables conséquences pénales.

La détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l'acte qui est à l'origine de ces procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes. L'alinéa 11h) protège contre la répétition des procédures de nature criminelle. Il n'empêche pas que deux sortes de procédures, les unes criminelles et les autres non criminelles, découlent du même acte. En conséquence, l'appelant est comptable à l'État de son crime, à la victime, du préjudice qu'il lui a causé et aux autorités de la prison, du manquement à la discipline.

Les procédures disciplinaires de l'établissement carcéral n'étaient pas criminelles de par leur nature même. Leur objet était de maintenir l'ordre dans la prison et non de punir pour une infraction criminelle. Elles ne comportent pas les caractéristiques essentielles des procédures relatives à une infraction publique et criminelle. Si l'appelant avait été amené à répondre deux fois de son crime à l'État, l'al. 11h) s'appliquerait. L'alinéa 11h) ne s'applique pas de manière à empêcher qu'il soit comptable aux autorités carcérales d'un manquement à la discipline et, à l'État, du crime qu'il a commis.

Les mesures disciplinaires qui ont été prises ne comportaient pas l'imposition de véritables conséquences pénales. Une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée. Les mesures disciplinaires prises en l'espèce étaient limitées à la façon dont le détenu devait purger sa peine et ne comportaient ni amende, ni peine d'emprisonnement. Elles étaient tout à fait proportionnées à l'objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elle n'avaient ni l'ampleur, ni les conséquences auxquelles on s'attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général.

L'article 29 ne permet pas à un tribunal judiciaire de suspendre des poursuites criminelles quand des procédures disciplinaires ont déjà eu lieu. Premièrement, le sens ordinaire des mots de cet article ne justifie pas cette interprétation. L'article prévoit expressément que les procédures disciplinaires internes doivent être abandonnées quand des poursuites criminelles externes ont déjà été engagées, mais il ne mentionne pas la situation inverse—la suspension des poursuites criminelles quand

29, even if it could be interpreted as precluding prosecution where disciplinary proceedings had taken place, would be in breach of the constitutional division of powers and accordingly inoperative.

Neither s. 11 of the *Charter* nor s. 29 of the Regulations, whether read separately or together, supported a stay of the criminal prosecution. The question of whether the Province viewed the disciplinary proceeding as criminal was not relevant to an inquiry under s. 11. The only question is whether the disciplinary proceedings met the test for double jeopardy laid down by this Court in *R. v. Wigglesworth*.

Per Wilson and Cory JJ. (dissenting): An offence comes within the purview of s. 11(h) if either the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings or if the punishment invoked involves the imposition of true penal consequences. A true penal consequence occurs if imprisonment or a fine is imposed which, by its magnitude, would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. The situation here came within the second branch of the test because the punishment which could be imposed for the offence carried with it the possibility of very serious penal consequences. Solitary confinement must be treated as a distinct form of punishment and its imposition within a prison constitutes a true penal consequence. The loss of earned remission or of the ability to earn remission is likewise a penal consequence attaching to a serious breach of discipline.

If the misconduct in the penal institution involves a serious offence for which punishment with penal consequences may be imposed under s. 31 and it also constitutes a criminal offence for which the inmate can be charged, then the decision must be made whether to proceed by way of criminal proceedings or by way of a disciplinary hearing leading to the possible imposition of a punishment with penal consequences. Section 11(h) precludes the inmate from being subjected to both. Indeed, s. 29 of Regulation 649 reflected the constitution in this regard by making it clear that these were alternative and not cumulative responses to the inmate's misconduct.

des procédures internes ont déjà eu lieu. Deuxièmement, même s'il était possible d'interpréter l'art. 29 comme empêchant d'intenter des poursuites lorsque des procédures disciplinaires ont eu lieu, cet article serait contraire au partage constitutionnel des compétences et serait donc inopérant.

Ni l'article 11 de la *Charte*, ni l'art. 29 du Règlement, pris séparément ou ensemble, ne justifient une suspension des poursuites criminelles. Il est inutile, pour les fins d'un examen fondé sur l'art. 11, de déterminer si la province a considéré comme criminelles les procédures disciplinaires. La seule question pertinente est de savoir si les procédures disciplinaires satisfont au critère du double péril formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*.

Les juges Wilson et Cory (dissidents): Une infraction relève de l'al. 11h) si les procédures sont, de par leur nature même, des procédures criminelles ou si la peine invoquée comporte l'imposition de véritables conséquences pénales. Une véritable conséquence pénale est l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée. La situation en l'espèce relève du second volet du critère parce que la peine qui pouvait être infligée pour l'infraction comportait la possibilité de conséquences pénales très sérieuses. L'isolement cellulaire doit être considéré comme une forme distincte de punition et son imposition à l'intérieur d'une prison comporte une véritable conséquence pénale. La perte de réduction de peine méritée ou de la possibilité d'accumuler des jours de réduction de peine est également une conséquence pénale attachée à un manquement grave à la discipline.

Si l'inconduite dont le détenu s'est rendu coupable dans l'établissement carcéral comporte une infraction grave pour laquelle une peine ayant des conséquences pénales peut être infligée en vertu de l'art. 31 et si elle constitue également une infraction criminelle dont le détenu peut être accusé, il faut alors décider de procéder soit par voie de procédures criminelles soit par voie d'enquête disciplinaire pouvant entraîner l'imposition d'une punition ayant des conséquences pénales. L'alinéa 11h) empêche que le détenu fasse l'objet des deux. En fait, l'art. 29 du règlement 649 est le reflet de la constitution à cet égard quand il précise clairement qu'il s'agit d'un choix de réactions et non de réactions cumulatives à l'inconduite du détenu.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **considered:** *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23; **referred to:** *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389; *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223; *Knockaert v. Commissioner of Corrections*, [1986] 2 F.C. 361; *State v. Killebrew*, 340 N.W.2d 470 (Wis. 1983); *Kerns v. Parratt*, 672 F.2d 690 (8th Cir. 1982); *People v. Lewis*, 386 N.E.2d 910 (Ill. 1979); *State v. Procter*, 367 N.E.2d 908 (Ohio 1977); *State v. Keller*, 369 N.E.2d 798 (Ohio 1976); *In Re Lamb*, 296 N.E.2d 280 (Ohio 1973); *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253.

By Cory J. (dissenting)

R. v. Wigglesworth, [1987] 2 S.C.R. 541.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.1(1)(b), 455.
Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1980, c. 275.
 R.R.O. 1980, Reg. 649, ss. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9.
 United States Constitution, Fifth Amendment.
Youth Protection Act, S.Q. 1977, c. 20.

Authors Cited

Parizeau, Alice and Denis Szabo. *The Canadian Criminal-Justice System*. Translated, revised and edited by Dorothy R. Crelinsten. Toronto: Lexington Books, 1977.
 Stuart, Don. Annotation (*R. v. Wigglesworth*) (1984), 38 C.R. (3d) 388.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 63 O.R. (2d) 161, 25 O.A.C. 66, 39 C.C.C. (3d) 481, 62 C.R. (3d) 353, allowing an appeal from a judgment of Locke Dist. Ct. J. staying the proceedings on an indictment. Appeal dismissed, Wilson and Cory JJ. dissenting.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêt examiné:** *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23; **arrêts mentionnés:** *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389; *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223; *Knockaert c. Commissaire aux services correctionnels*, [1986] 2 C.F. 361; *State v. Killebrew*, 340 N.W.2d 470 (Wis. 1983); *Kerns v. Parratt*, 672 F.2d 690 (8th Cir. 1982); *People v. Lewis*, 386 N.E.2d 910 (Ill. 1979); *State v. Procter*, 367 N.E.2d 908 (Ohio 1977); *State v. Keller*, 369 N.E.2d 798 (Ohio 1976); *In Re Lamb*, 296 N.E.2d 280 (Ohio 1973); *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253.

Citée par le juge Cory (dissident)

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.1(1)b), 455.
 Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, ch. R-9.
Loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, ch. 20.
Loi sur le ministère des Services correctionnels, L.R.O. 1980, ch. 275.
 R.R.O. 1980, Règ. 649, art. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

Doctrine citée

Parizeau, Alice et Denis Szabo. *Le traitement de la criminalité au Canada*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1977.
 Stuart, Don. Annotation (*R. v. Wigglesworth*) (1984), 38 C.R. (3d) 388.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 63 O.R. (2d) 161, 25 O.A.C. 66, 39 C.C.C. (3d) 481, 62 C.R. (3d) 353, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Locke de la Cour de district qui avait ordonné la suspension des procédures relatives à un acte d'accusation. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et Cory sont dissidents.

Dragi Zekavica, for the appellant.

Jocelyn van Overbeek and *James M. Chalke*,
for the respondent.

The reasons of Wilson and Cory JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with interest the reasons expressed with great clarity by my colleague Justice McLachlin. Unfortunately I have come to a different conclusion.

In the eyes of the superintendent of the Toronto West Detention Centre the appellant committed the indictable offence of assault occasioning actual bodily harm. The superintendent conducted a hearing, found the appellant guilty of the offence and had him placed in solitary confinement for five days with a restricted diet. The question to be resolved is whether what took place within the Toronto West Detention Centre, the assault, the hearing and the resulting consequences, constitute an “offence” so as to invoke the protection against double punishment provided for by s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The resolution of that issue will depend upon whether that occurrence comes within the definition of a s. 11(h) “offence” which was articulated in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

I. The Wigglesworth Test

Section 11(h) of the *Charter* reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; . . .

In *R. v. Wigglesworth*, *supra*, Wilson J. set forth the basis for determining whether an occurrence merited the protection provided by s. 11(h) of the *Charter*. She held that an offence comes within the purview of s. 11(h) if either the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings or if the punishment invoked involves the imposition of true penal consequences. In my view the situation

Dragi Zekavica, pour l'appellant.

Jocelyn van Overbeek et *James M. Chalke*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Wilson et Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—J'ai lu avec intérêt les motifs très clairs qu'a rédigés ma collègue le juge McLachlin. Malheureusement, j'arrive à une conclusion différente.

Aux yeux du directeur du Centre de détention Ouest de la communauté urbaine de Toronto, l'appellant a commis l'acte criminel de voies de fait causant des lésions corporelles. Le directeur a procédé à une enquête, a reconnu l'appellant coupable de l'infraction reprochée et l'a placé en isolement cellulaire pendant cinq jours à un régime alimentaire réduit. La question à trancher est de savoir si ce qui s'est passé au Centre de détention Ouest de la communauté urbaine de Toronto, savoir les voies de fait, l'enquête et les conséquences qui en ont résulté, constitue une «infraction» qui permet d'invoquer la protection contre l'imposition d'une double peine qu'offre l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La réponse dépendra de la question de savoir si ces événements relèvent de la définition d'une «infraction» visée à l'al. 11h), qui a été formulée dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

I. Le critère de l'arrêt Wigglesworth

Voici le texte de l'al. 11h) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni; . . .

Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité, le juge Wilson a exposé le principe qui permet de déterminer si des événements méritent la protection qu'offre l'al. 11h) de la *Charte*. Elle a conclu qu'une infraction relève de l'al. 11h) si les procédures sont, de par leur nature même, des procédures criminelles ou si la peine invoquée comporte l'imposition de véritables conséquences pénales. À mon

which evolved in the case at bar comes within the second branch of the test.

II. The Penal Consequences

The facts in this case appear to meet the second branch of the test expounded in *R. v. Wigglesworth, supra*, because the punishment which could be imposed for the offence carried with it the possibility of very serious penal consequences. A true penal consequence was defined by Wilson J. in *R. v. Wigglesworth, supra*, at p. 561 in these terms:

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

What was the nature of the punishment that could be meted out in this case? Section 31 of Regulation 649, R.R.O. 1980, under the *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1980, c. 275, provides:

31.—(1) Where the Superintendent determines that an inmate has committed a misconduct, the Superintendent may impose one or more of the following penalties:

1. Loss of all or some privileges for a period not greater than 120 days.
2. A change of program or work activity.
3. A change of classification relating to the incentive allowance.
4. A change of security status.
5. A reprimand.
6. Revocation of a temporary absence permit.

(2) Where the Superintendent determines that an inmate has committed a misconduct of a serious nature, the Superintendent may impose, in addition to any of the penalties imposed in subsection (1), one of the following penalties:

1. Close confinement for a definite period not greater than thirty days on a regular diet.
2. Close confinement for an indefinite period not greater than thirty days on a regular diet.

avis, la situation qui s'est présentée en l'espèce relève du second volet du critère.

II. Les conséquences pénales

Les faits de la présente affaire paraissent satisfaire au second volet du critère exposé dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité, parce que la peine qui pouvait être infligée pour l'infraction comportait la possibilité de conséquences pénales très sérieuses. Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité, le juge Wilson définit en ces termes, à la p. 561, une véritable conséquence pénale:

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée.

Quelle était la nature de la punition qui pouvait être infligée en l'espèce? L'article 31 du Règlement 649, R.R.O. 1980, pris en vertu de la *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1980, ch. 275, prévoyait:

[TRADUCTION] 31.—(1) Lorsque le directeur juge qu'il y a eu inconduite de la part d'un détenu, il peut lui infliger l'une des punitions suivantes:

1. La perte d'une partie ou de la totalité des privilèges pour une période d'au plus 120 jours.
2. Un changement de programme de travail ou d'activité.
3. Un changement de classification à l'égard des allocations d'encouragement.
4. Un changement de statut à l'égard de la sécurité.
5. Une réprimande.
6. La révocation d'une autorisation d'absence temporaire.

(2) Lorsque le directeur juge qu'il y a eu inconduite grave de la part d'un détenu, il peut infliger, en sus des punitions mentionnées au paragraphe (1), l'une des punitions suivantes:

1. L'isolement cellulaire pour une période déterminée d'au plus trente jours à un régime alimentaire normal.
2. L'isolement cellulaire pour une période indéterminée d'au plus trente jours à un régime alimentaire normal.

- | | | |
|---|-------------------|--|
| <p>3. Close confinement for an indefinite period not greater than ten days on a special diet that fulfills basic nutritional requirements.</p> <p>4. Forfeiture of a portion or all of the remission that stands to the inmate's credit but no such forfeiture shall exceed fifteen days without the Minister's approval.</p> <p>5. Subject to the approval of the Minister, suspension of the eligibility of an inmate to earn remission for a period of two months.</p> | <p>a</p> <p>b</p> | <p>3. L'isolement cellulaire pour une période indéterminée d'au plus dix jours à une diète minimale qui pourvoit aux besoins alimentaires essentiels.</p> <p>4. La suppression d'une partie ou de la totalité des crédits de réduction de peine inscrits au compte du détenu, sous réserve que cette suppression ne portera pas sur plus de quinze jours sans l'autorisation du Ministre.</p> <p>5. Sous réserve de l'autorisation du Ministre, la suppression de la possibilité pour un détenu d'accumuler des jours de réduction de peine pendant deux mois.</p> |
|---|-------------------|--|

If the punishment imposed falls within subs. (2), very real and significant penal consequences may flow from the offence. They come within the definition enunciated in *R. v. Wigglesworth, supra*.

Si la peine imposée relève du par. (2), des conséquences pénales tout à fait véritables et très importantes peuvent résulter de l'infraction. Elles relèvent de la définition énoncée dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth, précité*.

Prisons within prisons have been known to man as long as prisons have existed. As soon as castles had dungeons there were special locations within those dungeons for torture and for solitary confinement. The grievous effects of solitary confinement have been almost instinctively appreciated since imprisonment was devised as a means of punishment. Prisons within prisons exist today, exemplified by solitary confinement.

L'homme connaît les prisons à l'intérieur des prisons depuis que les prisons existent. Dès que les châteaux ont eu des donjons, ceux-ci ont comporté des endroits spéciaux pour la torture et l'isolement. Les effets pénibles de l'isolement ont été reconnus presque immédiatement quand l'incarcération a été conçue comme moyen de punir. Les prisons à l'intérieur des prisons existent aujourd'hui et l'isolement cellulaire en constitue un exemple.

The complete isolation of an inmate from others is quite different from confinement to a penal institution where some form of contact with people both inside and outside is the norm. Close or solitary confinement is a severe form of punishment. The vast majority of the human race is gregarious in nature. To be deprived of human companionship for a period of up to thirty days can and must have very serious consequences. Literature of yesteryear and today is replete with the deterrent effects of such punishment.

L'isolement complet d'un détenu est tout à fait différent de l'incarcération dans un établissement carcéral où une certaine forme de contact avec les gens, tant de l'intérieur que de l'extérieur, est la norme. L'isolement cellulaire est une forme sévère de punition. La grande majorité de la race humaine aime vivre en société. Priver quelqu'un de contact humain pendant une période allant jusqu'à trente jours peut et doit avoir des conséquences très graves. La littérature ancienne et contemporaine fait abondamment état des effets dissuasifs d'une telle punition.

Solitary confinement certainly cannot be considered as a reward for good conduct. It is, in effect, an additional violation of whatever residual liberties an inmate may retain in the prison context and should only be used where it is justified. To say otherwise would mean that once convicted an inmate has forfeited all rights and could no longer question the validity of any supplementary form of punishment. If the inmate can never ques-

L'isolement cellulaire ne peut certainement pas être considéré comme une récompense pour bonne conduite. Il constitue en réalité une violation supplémentaire de tout ce qu'un détenu peut conserver de libertés résiduelles dans le contexte carcéral et on ne doit y recourir que lorsque cela est justifié. Affirmer le contraire signifierait qu'une fois reconnu coupable un détenu perd tout droit et ne peut plus contester la validité d'aucune forme sup-

tion the validity of supplementary punishment, then any form of punishment could be justified on the basis that good treatment is only a privilege. Because of the tremendous psychological impact of long periods of solitary confinement, it would be unacceptable in our society to condemn a person to close or solitary confinement for the entire period of a significant term of imprisonment. For example, the imposition of a year or more of solitary confinement could probably not withstand a *Charter* challenge that it constituted cruel and unusual punishment. I would conclude, therefore, that solitary confinement must be treated as a distinct form of punishment and that its imposition within a prison constitutes a true penal consequence.

It may be that solitary confinement is required as an essential disciplinary tool for dealing with more serious breaches of discipline within the institution which may not themselves give rise to criminal charges. Indeed, it is clear from s. 31 that punishment by solitary confinement is confined to acts of misconduct of a serious nature. The penalties spelled out in s. 31(2) may be in addition to those contained in s. 31(1). The section, I believe, makes it perfectly clear that in the eyes of the legislature these are the penal consequences to be attached to breaches of discipline by inmates graded in accordance with the seriousness of the breach. The legislature itself described them as "penalties".

In my view, the loss of earned remission or of the ability to earn remission which is also contemplated as a possible penalty under s. 31(2) is likewise a penal consequence attaching to a serious breach of discipline. While the opportunity to earn remission might well be a privilege, once it has been earned it should in the ordinary course of events be viewed as an acquired right. Although it may be technically correct to say that earned remission does not reduce the length of a sentence, its true penal effect is to do precisely that. To every inmate the significant portion of the sentence is the time served within the prison. Imprison-

plémentaire de punition. Si le détenu ne peut jamais contester la validité d'une punition supplémentaire, toute forme de punition pourrait alors être justifiée par le motif que les bons traitements ne sont qu'un privilège. À cause des répercussions psychologiques terribles qu'ont les longues périodes d'isolement cellulaire, il serait inacceptable dans notre société de condamner une personne à l'isolement cellulaire pour la totalité d'une période d'emprisonnement importante. Par exemple, l'imposition d'un an ou plus d'isolement cellulaire ne pourrait probablement pas résister à une contestation fondée sur la *Charte* qui porterait qu'il s'agit là d'une peine cruelle et inusitée. Je conclus donc que l'isolement cellulaire doit être considéré comme une forme distincte de punition et que son imposition à l'intérieur d'une prison comporte une véritable conséquence pénale.

Il se peut que l'isolement cellulaire soit nécessaire en tant qu'outil disciplinaire essentiel pour traiter des manquements plus graves à la discipline commis dans l'établissement qui eux-mêmes ne peuvent pas donner lieu à des accusations criminelles. En fait, il ressort clairement de l'art. 31 que la peine d'isolement cellulaire est limitée à des inconduites graves. Les punitions énumérées au par. 31(2) peuvent être infligées en sus de celles contenues au par. 31(1). L'article, je crois, établit clairement que ce sont là, aux yeux du législateur, les conséquences pénales proportionnées à la gravité du manquement en question dont il faut assortir les manquements à la discipline commis par les détenus. Le législateur lui-même les décrit comme des «punitions».

À mon avis, la perte de réduction de peine méritée ou de la possibilité d'accumuler des jours de réduction de peine qui est également envisagée comme punition possible en vertu du par. 31(2) est également une conséquence pénale attachée à un manquement grave à la discipline. Bien que la possibilité d'accumuler des jours de réduction de peine puisse bien être un privilège, une fois accumulés, ces jours devraient, dans le cours normal des choses, être considérés comme un droit acquis. Bien qu'il puisse être exact en principe d'affirmer qu'une réduction de peine méritée ne réduit la longueur de la sentence, c'est précisément là son

onment means the denial of freedom of movement and the segregation or isolation of an inmate from society. That being so, then the real termination of a prison sentence, certainly from the perspective of the inmate, is the moment when he or she is permitted to reintegrate into society. It is that freedom of movement and the ability to interact with others which is so very important to every individual. From the point of view of the inmate, any shortening of the period of confinement through earned remission has the same effect as a reduction in his sentence.

The vital distinction to be drawn between the examples of the offending doctor and the police constable cited by my colleague in the case at bar is that s. 11 of the *Charter* precludes the imposition of two different sets of penal consequences for the same offence. Professor Stuart when he was commenting on the decision of Cameron J.A. in the Court of Appeal's decision in *R. v. Wigglesworth* (1984), 38 C.R. (3d) 388, at p. 389 stated:

Section 11(h) provides protection only against double *punishment*. It might well be that some job-related disciplinary measures such as loss of work privileges, and even loss of qualification or job, *should* escape the net of s. 11(h). It would be strange if the imposition of such disciplinary measures could in effect exempt the accused from standing trial in a criminal court. Equally, a criminal prosecution should not insulate an accused from professional discipline. However, other *punitive* forms of disciplinary measures, such as fines or imprisonment, are indistinguishable from criminal punishment and should surely fall within the protection of s. 11(h).

Thus while the doctor and the police constable may be punished in both a retributive and a disciplinary fashion, they may not be punished twice in a retributive fashion for the same offence.

Stern disciplinary measures may on occasion be necessary. However, if they are to include a loss of earned remission or the ability to earn it, then the disciplinary punishment has penal consequences as that term is defined in *R. v. Wigglesworth, supra*. If the misconduct in the penal institution involves

véritable effet pénal. Pour chaque détenu, la partie importante de la peine est le temps passé en prison. L'incarcération signifie la négation de la liberté de mouvement et l'isolement d'un détenu. Cela étant, la fin réelle d'une peine d'emprisonnement, sûrement du point de vue du détenu, est le moment où il peut réintégrer la société. C'est cette liberté de mouvement et la capacité d'interagir avec autrui qui sont si importantes pour chaque individu. Du point de vue du détenu, toute réduction de la période d'emprisonnement au moyen d'une réduction de peine méritée a le même effet qu'une réduction de sa sentence.

La distinction essentielle à établir entre les exemples du médecin et du policier fautifs cités par ma collègue en l'espèce est que l'art. 11 de la *Charte* empêche l'imposition de deux ensembles différents de conséquences pénales pour la même infraction. Dans son commentaire sur les motifs du juge Cameron dans l'arrêt de la Cour d'appel *R. v. Wigglesworth* (1984), 38 C.R. (3d) 388, à la p. 389, le professeur Stuart affirme:

[TRADUCTION] L'alinéa 11h) n'offre une protection que contre l'imposition d'une double *peine*. Il se pourrait bien que certaines mesures disciplinaires reliées au travail, comme la perte de privilèges de travail, et même la perte de qualification ou d'emploi, *doivent* échapper à l'application de l'al. 11h). Il serait étrange que l'imposition de ces mesures disciplinaires puissent effectivement exempter l'accusé de subir un procès devant une cour criminelle. De même, une poursuite criminelle ne devrait pas permettre à un accusé d'échapper à des mesures disciplinaires professionnelles. Cependant, d'autres formes *punitives* de mesures disciplinaires, comme les amendes ou l'incarcération, ne peuvent être distinguées des peines criminelles et doivent sûrement bénéficier de la protection qu'offre l'al. 11h).

Ainsi, bien que le médecin et le policier puissent être punis à la fois sur le plan de la justice et sur celui de la discipline, ils ne peuvent pas être punis deux fois sur le plan de la justice pour la même infraction.

Des mesures disciplinaires rigoureuses peuvent parfois être nécessaires. Cependant, si elles doivent comprendre une perte de réduction de peine méritée ou de la possibilité d'accumuler des jours de réduction de peine, la punition disciplinaire a alors des conséquences pénales au sens de la définition

a serious offence for which punishment with penal consequences may under s. 31 be imposed and it also constitutes a criminal offence for which the inmate can be charged, then the decision must be made whether to proceed by way of criminal proceedings or by way of a disciplinary hearing leading to the possible imposition of a punishment with penal consequences. Section 11(h) precludes the inmate from being subjected to both. Indeed, s. 39 of Regulation 649 reflects the constitution in this regard by making it clear that these are alternative and not cumulative responses to the inmate's misconduct. The Regulation reads:

29.—(1) Where an inmate is alleged to have committed a misconduct that also constitutes an indictable offence under an Act of Parliament, the Superintendent shall consult with the local Crown Attorney to determine whether the case should be dealt with by the Crown Attorney under the criminal law or by the Superintendent as a matter of internal discipline.

(2) Where a prosecution is commenced against an inmate by the Crown Attorney, all internal disciplinary action against the inmate relating to the alleged misconduct shall be discontinued.

By its wording the Regulation demonstrates that the legislators were aware that an inmate could well be tried and punished twice for the same offence. To try and make certain that this did not happen it provided that in cases of misconduct which could constitute an indictable offence, the superintendent was mandatorily required to consult with the local Crown Attorney to determine whether the case should be dealt with under the criminal law or by the superintendent as a matter of internal discipline. In addition, by its passage of the Regulation the legislature showed that it was aware of the particularly vulnerable position of inmates and of the need to treat them fairly in order to assist their rehabilitation.

Since the penalty imposed in the case at bar was a true penal consequence as that term is defined in

de cette expression formulée dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité. Si l'inconduite dont le détenu s'est rendu coupable dans l'établissement carcéral comporte une infraction grave pour laquelle une peine ayant des conséquences pénales peut être infligée en vertu de l'art. 31 et si elle constitue également une infraction criminelle dont le détenu peut être accusé, il faut alors décider de procéder soit par voie de procédures criminelles soit par voie d'enquête disciplinaire pouvant entraîner l'imposition d'une punition ayant des conséquences pénales. L'alinéa 11h) empêche que le détenu fasse l'objet des deux. En fait, l'art. 29 du Règlement 649 est le reflet de la constitution à cet égard quand il précise clairement qu'il s'agit d'un choix de réactions et non de réactions cumulatives à l'inconduite du détenu. Voici le texte du Règlement:

[TRADUCTION] 29.—(1) Quand un détenu est accusé d'une inconduite qui constitue également un acte criminel en vertu d'une loi du Parlement, le directeur doit consulter le substitut local du procureur général afin de décider si le dossier doit être pris en charge par le substitut du procureur général et traité selon le droit criminel ou s'il doit être pris en charge par le directeur et traité comme une affaire de discipline interne.

(2) Quand le substitut du procureur général engage des poursuites contre un détenu, toute mesure disciplinaire interne prise contre le détenu en rapport avec l'inconduite reprochée est abandonnée.

Par sa formulation, le Règlement montre que le législateur savait qu'un détenu pouvait être jugé et puni deux fois pour la même infraction. Pour s'assurer que cela ne se produise pas, il a prévu que, dans les cas d'inconduite pouvant constituer un acte criminel, le directeur serait formellement tenu de consulter le substitut local du procureur général afin de décider si le dossier devrait être traité selon le droit criminel ou, par le directeur, comme une affaire de discipline interne. De plus, en adoptant le Règlement, le législateur a montré qu'il connaissait la situation particulièrement vulnérable des détenus et le besoin de les traiter équitablement pour aider à leur réhabilitation.

Puisque la punition infligée en l'espèce constitue une véritable conséquence pénale au sens de la

R. v. Wigglesworth, supra, the offence comes within s. 11(h) of the *Charter*.

III. Disposition in the Result

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the trial judge staying the proceedings.

The judgment of Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—

A. The Background

On April 18, 1985, the appellant Shubley, an inmate at the Metropolitan Toronto West Detention Centre, allegedly assaulted another inmate. The next day the appellant was brought before the superintendent of the detention centre. The superintendent heard the facts pertaining to the misconduct alleged against the appellant, found that it had occurred, and ordered him placed in solitary confinement for a period of five days with a restricted diet.

On June 18, 1986, several months later, the inmate whom Shubley had assaulted laid a complaint as a result of which the appellant was charged with assault causing bodily harm contrary to s. 245.1(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.

The appellant appeared for his trial on March 26, 1987. After arraignment his counsel moved to stay the proceedings on the indictment, on the ground that a trial would violate his right under s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* not to be tried and punished twice for the same offence. The trial judge accepted this submission. The Court of Appeal, relying on the intervening decision of this Court in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, reversed this decision, ruling that prosecution under the *Criminal Code* did not violate s. 11(h) of the *Charter*. Shubley appeals to this Court from that ruling.

définition de cette expression formulée dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité, l'infraction relève de l'al. 11h) de la *Charte*.

a III. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de suspension des procédures rendue par le juge du procès.

b Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—

c A. Historique

d Le 18 avril 1985, l'appellant Shubley, détenu au Centre de détention Ouest de la communauté urbaine de Toronto aurait assailli un autre détenu. Le lendemain, l'appellant a comparu devant le directeur du centre de détention. Le directeur a entendu la relation des faits concernant la mauvaise conduite reprochée à l'appellant, a jugé qu'il y avait effectivement eu inconduite et a placé l'appellant en isolement cellulaire pendant cinq jours à un régime alimentaire réduit.

e Le 18 juin 1986, soit plusieurs mois plus tard, le détenu assailli par Shubley a déposé une plainte à la suite de laquelle l'appellant a été accusé d'avoir commis des voies de fait causant des lésions corporelles, contrairement à l'al. 245.1(1)b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et ses modifications.

g L'appellant s'est présenté à son procès le 26 mars 1987. Après l'interpellation de l'appellant, son avocat a demandé la suspension des procédures relatives à l'acte d'accusation pour le motif qu'un procès violerait le droit que lui garantissait l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction. Le juge du procès a retenu cet argument. La Cour d'appel, se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, rendu dans l'intervalle, a infirmé cette décision et statué que les poursuites intentées en vertu du *Code criminel* ne violaient pas l'al. 11h) de la *Charte*. Shubley se pourvoit devant notre Cour contre cette décision.

B. The Statutory Provisions

The appellant relies on s. 11(h) of the *Charter*, which provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; . . .

The other provision relied on by the appellant is s. 29 of Regulation 649, R.R.O. 1980, under the *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1980, c. 275:

29.—(1) Where an inmate is alleged to have committed a misconduct that also constitutes an indictable offence under an Act of Parliament, the Superintendent shall consult with the local Crown Attorney to determine whether the case should be dealt with by the Crown Attorney under the criminal law or by the Superintendent as a matter of internal discipline.

(2) Where a prosecution is commenced against an inmate by the Crown Attorney, all internal disciplinary action against the inmate relating to the alleged misconduct shall be discontinued.

C. The Issues

The appeal raises two issues.

The first is whether there has been a violation of s. 11(h) of the *Charter*. This, in turn, depends on whether Shubley, by reason of the prison disciplinary proceeding, has been “finally found guilty and punished” for an “offence”.

The second issue is whether Regulation 649 precludes proceeding with the prosecution under the *Criminal Code*.

In the event the answer to both these questions is negative, it may be necessary to consider whether s. 11(h) of the *Charter* and Regulation 649, taken together, preclude proceeding with the criminal charges against Shubley.

B. Les textes de loi

L'appelant invoque l'al. 11h) de la *Charte* qui est ainsi conçu:

11. Tout inculpé a le droit:

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni; . . .

L'autre disposition invoquée par l'appelant est l'art. 29 du Règlement 649, R.R.O. 1980, pris en vertu de la *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1980, ch. 275:

[TRADUCTION] 29.—(1) Quand un détenu est accusé d'une inconduite qui constitue également un acte criminel en vertu d'une loi du Parlement, le directeur doit consulter le substitut local du procureur général afin de décider si le dossier doit être pris en charge par le substitut du procureur général et traité selon le droit criminel ou s'il doit être pris en charge par le directeur et traité comme une affaire de discipline interne.

(2) Quand le substitut du procureur général engage des poursuites contre un détenu, toute mesure disciplinaire interne prise contre le détenu en rapport avec l'inconduite reprochée est abandonnée.

C. Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions.

La première question est de savoir s'il y a eu violation de l'al. 11h) de la *Charte*. La réponse à cette question dépend de celle de savoir si, en raison des procédures disciplinaires du centre de détention, Shubley a été «définitivement déclaré coupable et puni» pour une «infraction».

La seconde question est celle de savoir si le Règlement 649 empêche d'intenter des poursuites en vertu du *Code criminel*.

Si la réponse à ces deux questions est négative, il pourra être nécessaire de se demander si la combinaison de l'al. 11h) de la *Charte* et du règlement 649 empêche le dépôt d'accusations criminelles contre Shubley.

D. Discussion

1. *Whether Prosecution Violates s. 11(h) of the Charter*

Section 11(h) of the *Charter* is directed at preventing the State from making repeated attempts to convict an individual. It forbids the prosecution of an accused twice for the same offence. In order for it to be operative, there must be two proceedings or trials for the same offence. It is clear that the criminal proceedings here in issue constitute a trial for an offence—the offence of assault causing bodily harm. The question which remains is whether the prison disciplinary proceedings against Shubley constituted a trial for the same offence, as a consequence of which Shubley has already been found guilty and punished.

After the hearing of the appeal in this matter but before judgment, this Court rendered its decision in *R. v. Wigglesworth, supra*. In that decision, the central question was whether an RCMP officer's conviction for a "major service offence" (an assault) under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, precluded proceedings under the *Criminal Code* for the same misconduct, on the ground that such proceedings would violate the accused's right under s. 11(h) of the *Charter*, not to be tried and punished twice for the same offence. The Court held that the criminal proceedings were not barred. Wilson J., writing for the majority, formulated two tests for determining whether prosecution is barred by s. 11: an offence falls under s. 11(h) if the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings, or if the punishment invoked involves the imposition of true penal consequences.

The Court of Appeal in this case ((1988), 63 O.R. (2d) 161) held that under the interpretation of "offence" as defined in *R. v. Wigglesworth*, the earlier cases relied on by the trial judge and the appellant were no longer relevant. After examining the relevant provisions of the *Ministry of Correc-*

D. Analyse

1. *Les poursuites violent-elles l'al. 11h) de la Charte?*

^a L'alinéa 11h) de la *Charte* vise à empêcher l'État de tenter à plusieurs reprises de faire déclarer une personne coupable. Il interdit de poursuivre un accusé deux fois pour la même infraction. ^b Pour que l'alinéa s'applique, il faut qu'il y ait deux poursuites ou procès pour la même infraction. Il est clair que les procédures criminelles dont il est question en l'espèce constituent un procès pour une infraction—celle de voies de fait causant des ^c lésions corporelles. La question qu'il faut maintenant résoudre est de savoir si les procédures disciplinaires dont Shubley a fait l'objet en milieu carcéral constituent un procès pour la même infraction dont il a déjà été déclaré coupable et ^d puni.

Après l'audition de l'appel en l'espèce, mais avant le prononcé du jugement, notre Cour a rendu l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, précité. Dans cet ^e arrêt, il fallait principalement décider si la déclaration de culpabilité d'un agent de la GRC, prononcée relativement à une «infraction majeure ressortissant au service» (des voies de fait) en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. R-9, empêchait d'engager des ^f procédures en vertu du *Code criminel* pour la même inculpation, pour le motif que ces procédures violeraient le droit que garantissait à l'accusé l'al. ^g 11h) de la *Charte* de ne pas être jugé et puni deux fois pour la même infraction. La Cour a statué que les procédures criminelles n'étaient pas interdites. Le juge Wilson, qui a rédigé les motifs de la majorité, a énoncé deux critères permettant de ^h déterminer si l'art. 11 empêchait de poursuivre: une infraction relève de l'al. 11h) si les procédures sont, de par leur nature même, des procédures criminelles ou si la peine invoquée comporte l'im- ⁱ position de véritables conséquences pénales.

La Cour d'appel ((1988), 63 O.R. (2d) 161) a conclu, en l'espèce, que selon le sens donné au mot «infraction» dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, la ^j jurisprudence sur laquelle le juge du procès et l'appellant s'étaient fondés n'était plus pertinente. Après avoir examiné les dispositions applicables de

tional Services Act, the Court of Appeal concluded that neither element of the test in *R. v. Wigglesworth* was established. The court found that the misconduct process was not of a criminal nature, but rather was focused on the discipline of an inmate, being “implicitly aimed at promoting the orderly regulation and over-all good government of correctional institutions”. The court also concluded that the punishment given to the inmate was “mainly the loss or withdrawal of privileges or benefits normally available” and thus did not involve the imposition of true penal consequences. The court held that the inmate had not been convicted of an “offence” and concluded that the trial judge had erred in staying the proceedings.

I am of the view that the Court of Appeal was correct in concluding that on the tests propounded by this Court in *R. v. Wigglesworth*, the continued prosecution of Shubley did not violate s. 11(h) of the *Charter*.

By way of background, I note that *R. v. Wigglesworth* must be considered in the context of the jurisprudence which preceded it. The Supreme Court had under consideration two divergent lines of authority on the interpretation of s. 11(h) of the *Charter*. The first, represented by such cases as *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (Nfld. Prov. Ct.), and *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (Alta. Q.B.), held that “offence” in s. 11(h) should be interpreted broadly as extending to non-criminal prosecutions. For example, in *Re Nash and The Queen, supra*, Kennedy Prov. Ct. J., when considering the effect of police disciplinary proceedings, held at p. 494 that “The word “offence” is broad enough to apply to any breach or charge whereby an accused can be punished”. The first line of authorities includes cases such as *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223 (B.C.S.C.), in which “offence” was interpreted

la *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, la Cour d’appel a conclu que ni l’un ni l’autre des deux éléments du critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Wigglesworth* n’avait été prouvé. La cour a conclu que la procédure relative à l’inconduite n’était pas de nature criminelle, mais qu’elle était plutôt axée sur le châtement d’un détenu puisqu’elle [TRADUCTION] «visait implicitement à promouvoir le respect de l’ordre et la bonne administration générale des établissements correctionnels». La cour a également conclu que la punition infligée au détenu comportait [TRADUCTION] «surtout la perte ou le retrait de privilèges ou d’avantages normalement offerts» et que, par conséquent, elle ne comportait pas l’imposition de véritables conséquences pénales. La cour a statué que le détenu n’avait pas été déclaré coupable d’une «infraction» et que le juge du procès avait commis une erreur en suspendant les procédures.

Je suis d’avis que la Cour d’appel a eu raison de conclure que, selon les critères proposés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, la continuation des poursuites engagées contre Shubley ne violait pas l’al. 11h) de la *Charte*.

Pour situer le contexte, je ferai remarquer qu’il faut examiner l’arrêt *R. c. Wigglesworth* en fonction de la jurisprudence qui l’a précédé. La Cour suprême avait à examiner deux courants de jurisprudence opposés relativement à l’interprétation de l’al. 11h) de la *Charte*. Le premier, représenté par des arrêts comme *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (C. prov. T.-N.), et *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (B.R. Alb.), portait qu’il faut donner au mot «infraction» à l’al. 11h) une interprétation générale de manière à ce qu’il vise les procédures non criminelles. Par exemple, dans *Re Nash and The Queen, précité*, le juge Kennedy de la Cour provinciale conclut, à la p. 494, après avoir analysé l’effet des procédures disciplinaires de la police, que [TRADUCTION] «Le terme «infraction» a une portée assez large pour s’appliquer à toute infraction ou accusation pour laquelle un accusé peut être puni». Le premier courant de jurisprudence inclut des décisions comme *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223

broadly enough to include disciplinary offences or misconduct occurring within prison settings.

A narrower interpretation of s. 11(h) had been adopted by Toy J. (as he then was) in *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.) *R. v. Mingo*, like this appeal, was concerned with prison discipline proceedings. Mingo, together with certain other inmates, was alleged to have participated in smashing windows and equipment and attempting to start a fire at a federal penitentiary in British Columbia. Mingo was found guilty of several disciplinary offences resulting in 90 days' punitive segregation and loss of 135 days of earned remission. In the meantime, criminal charges were laid against him. At trial, Mingo sought a stay of the criminal charges on the ground that to proceed would violate his right under s. 11(h) of the *Charter* not to be tried twice. Toy J. denied the application. He rejected the argument that an "inmates offence" or "disciplinary offence" constituted an "offence" under s. 11(h) of the *Charter*, holding that "offence" under s. 11(h) is confined to proceedings in courts on summary or indictable conviction offences. Prison disciplinary proceedings did not meet this test. Toy J. added, at p. 34:

An examination of the disciplinary offences in s. 39 of the current *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1251, satisfies me that the disciplinary offences and the hopefully rapid disposition of those offences are a necessary adjunct required by the institutional heads to maintain discipline for the benefit not only of staff but other inmates in the institution as well as the offending inmate.

In *R. v. Wigglesworth*, Wilson J., after reviewing the two lines of authorities on s. 11(h) of the *Charter*, at p. 554, opted in favour of the narrower view of s. 11(h) adopted in *R. v. Mingo*:

(C.S.C.-B.), où le mot «infraction» a été interprété de façon assez générale pour viser les infractions à la discipline ou les inconduites qui surviennent en milieu carcéral.

^a Le juge Toy (maintenant juge de la Cour d'appel) a adopté une interprétation plus restrictive dans la décision *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.) Comme dans la présente affaire, la ^b décision *R. v. Mingo* portait sur des procédures disciplinaires en milieu carcéral. Mingo, de concert avec certains autres détenus, aurait participé au ^c bris de fenêtres et de matériel et à une tentative d'allumer un incendie dans un pénitencier fédéral de la Colombie-Britannique. Mingo a été déclaré ^d coupable d'un certain nombre d'infractions à la discipline, ce qui lui a valu 90 jours d'isolement cellulaire et la perte de 135 jours de réduction de ^e peine méritée. Dans l'intervalle, des accusations criminelles ont été portées contre lui. À son procès, Mingo a demandé la suspension des accusations criminelles pour le motif que les porter violerait le ^f droit que lui garantissait l'al. 11h) de la *Charte* de ne pas être jugé deux fois. Le juge Toy a rejeté cette demande. Il a rejeté l'argument selon lequel ^g une «infraction de détenu» ou «infraction à la discipline» constitue une «infraction» au sens de l'al. 11h) de la *Charte*, statuant que le mot «infraction» à l'al. 11h) se limite aux procédures judiciaires relatives à des infractions punissables sur ^h déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation. Les procédures disciplinaires en milieu carcéral ne satisfont pas à ce critère. Le ⁱ juge Toy ajoute, à la p. 34:

[TRADUCTION] L'examen des infractions à la discipline mentionnées à l'art. 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, ch. 1251, actuellement en vigueur, me convainc que les infractions à la discipline et le règlement rapide, on l'espère, de ces infractions sont nécessaires aux autorités de ces établissements pour maintenir la discipline à l'avantage non seulement du personnel, mais aussi des autres détenus de ces établissements de même qu'à celui du détenu fautif lui-même.

Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, après avoir examiné, à la p. 554, les deux courants de jurisprudence relatifs à l'al. 11h) de la *Charte*, le juge Wilson opte pour la conception plus restreinte de l'al. 11h) adoptée dans la décision *R. v. Mingo*:

It is my view that the narrower interpretation of s. 11 favoured by the majority of the authorities referred to above is in fact the proper interpretation of the section. The rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to persons prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted.

At page 556, quoting from *R. v. Mingo*, she stated:

I would agree with the conclusion of Toy J. in *R. v. Mingo*, *supra*, at p. 36:

In my respectful view, the authors of the new Charter, when they employed the unqualified word "offence" as opposed to "criminal offence", were doing nothing more than providing for the equal protection of Canadian citizens from breaches of their rights under provincial as well as federal laws in so far as public as opposed to private or domestic prohibitions were concerned.

In the result, Wilson J. formulated the test for the application of s. 11(h) to which I earlier referred.

It thus appears that this Court in *R. v. Wigglesworth* accepted the view that internal disciplinary proceedings, including prison disciplinary hearings such as those at issue in *R. v. Mingo*, might well fall outside the ambit of s. 11(h). Nevertheless, the logic of *R. v. Wigglesworth* is to proceed not by a category approach, but by application of the general principles there laid down. Thus, one must examine whether the particular proceedings here at issue meet the tests set forth in *R. v. Wigglesworth*.

Applying the double test set forth in *R. v. Wigglesworth*, the first question is whether the proceedings in question are, by their very nature, criminal proceedings.

Before considering this question in the context of the proceedings here at issue, I venture a preliminary observation. The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act which gave rise to the

À mon avis, l'interprétation plus restrictive de l'art. 11, préconisée par la majorité des auteurs mentionnés précédemment, est en fait la bonne façon d'interpréter cet article. Les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces.

À la page 556, citant la décision *R. v. Mingo*, elle affirme:

Je fais mienne la conclusion du juge Toy dans la décision *R. v. Mingo*, précitée, à la p. 36:

[TRADUCTION] À mon avis les auteurs de la nouvelle Charte lorsqu'ils ont utilisé le terme «infraction» sans qualificatif par opposition à «acte criminel» n'ont rien fait d'autre que d'offrir une protection égale aux citoyens canadiens contre la violation des droits que leur confèrent les lois provinciales et fédérales, dans la mesure où des interdictions publiques sont visées par opposition aux interdictions privées ou internes.

En définitive, le juge Wilson a formulé le critère d'application de l'al. 11(h) dont j'ai déjà parlé.

Il appert donc que notre Cour a adopté, dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, le point de vue selon lequel il se pourrait bien que les procédures disciplinaires internes, y compris les enquêtes disciplinaires en milieu carcéral comme celles dont il est question dans l'affaire *R. v. Mingo*, ne relèvent pas de l'al. 11(h). Néanmoins, la logique de l'arrêt *R. c. Wigglesworth* consiste à procéder, non pas à une analyse fondée sur la catégorie, mais à l'application des principes généraux qui y sont énoncés. Donc, il faut examiner si les procédures précises dont il est question en l'espèce satisfont aux critères établis dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*.

Pour appliquer le double critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, il faut d'abord se demander si les procédures en cause sont, de par leur nature même, des procédures criminelles.

Avant d'examiner cette question dans le cadre des procédures en cause ici, je me permets de faire une observation préliminaire. La détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l'acte qui est à l'origine de ces

proceedings, but the nature of the proceedings themselves. Section 11(h) provides protection against duplication in proceedings of a criminal nature. It does not preclude two different proceedings, one criminal and the other not criminal, flowing from the same act. As Cameron J.A., of the Saskatchewan Court of Appeal, stated at p. 549 in *R. v. Wigglesworth*, in a passage cited by Wilson J. in this Court's judgment:

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. It may, if it constitutes a breach of the duty a person owes to society, amount to a crime, for which the actor must answer to the public. At the same time, the act may, if it involves injury and a breach of one's duty to another, constitute a private cause of action for damages, for which the actor must answer to the person he injured. And that same act may have still another aspect to it: it may also involve a breach of the duties of one's office or calling, in which event the actor must account to his professional peers. For example a doctor who sexually assaults a patient will be liable, at one and the same time, to a criminal conviction at the behest of the state; to a judgment for damages, at the instance of the patient, and to an order of discipline on the motion of the governing council of his profession. Similarly a policeman who assaults a prisoner is answerable to the state for his crime; to the victim for damage he caused; and to the police force for discipline.

Cameron J.A. concluded:

In the light of this I think Constable Wigglesworth's contention must fail since the proceeding before the R.C.M.P. service tribunal was purely disciplinary. It was concerned only with the professional aspect of his conduct: the "offence" of which he was found guilty, a "major service offence", lay in the breach by him of his policeman's duty not to treat his prisoners harshly, cruelly, or with unnecessary violence. He must still answer to society for the criminal aspect of his conduct, or for his "criminal offence".

Applying the words of Cameron J.A. to this case, the appellant as a consequence of the alleged assault is answerable to the State for his crime; to the victim for injury caused; and to the prison

procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes. L'alinéa 11h) protège contre la répétition des procédures de nature criminelle. Il n'empêche pas que deux sortes de procédures, les unes criminelles et les autres non criminelles, découlent du même acte. Comme le dit le juge Cameron de la Cour d'appel de la Saskatchewan, que cite le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth* de notre Cour, à la p. 549:

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. S'il constitue un manquement à une obligation envers la société, il peut équivaloir à un crime dont l'auteur est responsable envers le public. S'il y a eu blessure et manquement à une obligation envers autrui, le même acte peut donner lieu à une action en dommages-intérêts intentée par la personne à qui l'auteur de l'acte a causé un préjudice. Le même acte peut comporter un autre aspect, c'est-à-dire le manquement aux obligations découlant de l'exercice d'une fonction ou d'une profession, auquel cas l'auteur doit s'expliquer devant ses pairs. Ainsi, un médecin qui commet une agression sexuelle contre un patient sera passible à la fois d'une condamnation au criminel à l'instigation de l'État, d'une poursuite en dommages-intérêts sur les instances du patient et d'une sanction disciplinaire à la demande du conseil d'administration de sa profession. De même, un agent de police qui agresse un prisonnier est comptable envers l'État pour le crime qu'il a commis, envers la victime pour le préjudice qu'il a causé, et envers le corps policier dont il est membre pour son manquement à la discipline.

Le juge Cameron a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que l'argument de l'agent Wigglesworth doit échouer étant donné que la procédure devant le tribunal du service de la G.R.C. était purement disciplinaire. Elle ne portait que sur l'aspect professionnel de sa conduite: l'«infraction» dont il a été déclaré coupable, une «infraction majeure ressortissant au service», découle du fait qu'il a manqué au devoir qu'il a en tant que policier de ne pas traiter ses prisonniers d'une manière cruelle, dure ou inutilement violente. Il est encore responsable envers la société en ce qui concerne l'aspect criminel de sa conduite ou en ce qui a trait à son «infraction criminelle».

Si l'on applique les propos du juge Cameron à l'espèce, l'appelant, en raison des voies de fait qui lui sont reprochées, est comptable à l'État de son crime, à la victime du préjudice qu'il lui a causé et

officials for breach of discipline. While the act giving rise to the disciplinary proceedings against Shubley may, in one aspect, constitute a criminal act, it does not follow that the disciplinary proceedings themselves were criminal in nature.

Against that background, I return to the test posed by *R. v. Wigglesworth*. Was the prison disciplinary proceeding to which the appellant was subject, by its very nature, criminal? I conclude it was not. The appellant was not being called to account to society for a crime violating the public interest in the preliminary proceedings. Rather, he was being called to account to the prison officials for breach of his obligation as an inmate of the prison to conduct himself in accordance with prison rules. If he had been called upon twice to answer to the State for his crime, s. 11(h) would apply. But section 11(h) does not operate so as to preclude his being answerable to prison officials for a breach of discipline as well as to the State for his crime.

The internal disciplinary proceedings to which the appellant was subject lack the essential characteristics of a proceeding on a public, criminal offence. Their purpose is not to mete out criminal punishment, but to maintain order in the prison. In keeping with that purpose, the proceedings are conducted informally, swiftly and in private. No courts are involved. They are not, to borrow the words of Wilson J. in *R. v. Wigglesworth*, at p. 560: "of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity." The answer to the first branch of the *Wigglesworth* test must be that the prison discipline proceedings are not, by their nature, criminal proceedings. They are internal disciplinary proceedings, even though they arise from the same act as gives rise to criminal proceedings.

I turn then to the second situation in which the application of s. 11(h) of the *Charter* may apply. Does the punishment involved in internal prison

aux autorités de la prison du manquement à la discipline. Bien que l'acte qui est à l'origine des procédures disciplinaires engagées contre Shubley puisse, sous un aspect, constituer un acte criminel, il ne s'ensuit pas que les procédures disciplinaires elles-mêmes sont de nature criminelle.

Dans ce contexte, je reviens au critère établi dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*. Les procédures disciplinaires de l'établissement carcéral, auxquelles a été soumis l'appelant, étaient-elles criminelles de par leur nature même? Je conclus que non. Lors des procédures préliminaires, l'appelant n'était pas appelé à rendre compte à la société d'un crime contraire à l'intérêt public. Il était plutôt appelé à rendre compte aux autorités carcérales du manquement à l'obligation qu'il avait, en tant que détenu, de se comporter conformément aux règles de l'établissement carcéral. S'il avait été appelé à répondre deux fois de son crime à l'État, l'al. 11h) s'appliquerait. Mais l'al. 11h) ne s'applique pas de manière à empêcher qu'il soit comptable aux autorités carcérales d'un manquement à la discipline et à l'État du crime qu'il a commis.

Les procédures disciplinaires internes auxquelles l'appelant a été soumis ne comportent pas les caractéristiques essentielles des procédures relatives à une infraction publique et criminelle. Elles visent non pas à punir pour une infraction criminelle, mais à maintenir l'ordre dans la prison. Conformément à cet objet, les procédures se déroulent de manière informelle, expéditive et privée. Aucun tribunal judiciaire n'intervient. Elles ne sont pas, pour reprendre l'expression du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, à la p. 560: «de nature publique, et [ne visent pas] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique.» Au premier volet du critère de l'arrêt *Wigglesworth*, il faut répondre que les procédures disciplinaires en milieu carcéral ne sont pas, de par leur nature même, des procédures criminelles. Ce sont des procédures disciplinaires internes même si elles découlent du même acte qui est à l'origine de procédures criminelles.

J'examinerai maintenant le deuxième cas où l'al. 11h) de la *Charte* peut s'appliquer. La peine dont il est question dans les procédures disciplinaires

disciplinary proceedings involve the imposition of true penal consequences? One must first examine what constitutes a true penal consequence. Wilson J. provides the answer in *R. v. Wigglesworth*. After stating that persons charged with private or domestic matters may nevertheless possess s. 11 rights because the proceedings involve the imposition of "true penal consequences", she explains what she means by that term, at p. 561:

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. [Emphasis added.]

Wilson J. goes on to comment that a restricted power to impose fines in order to achieve a particular private purpose may not attract the application of s. 11. As for imprisonment, she questions (noting the issue was not argued) whether the imposition of imprisonment could ever be anything but a penal consequence.

In this case, the internal disciplinary proceeding involved neither fines nor imprisonment. The appellant's punishment was close confinement for five days on a special diet that fulfils basic nutritional requirements. Looking more generally at the powers conferred by s. 31 of Regulation 649 on a superintendent who finds that an inmate has committed a misconduct, it may be observed that they are generally confined to matters affecting the conditions under which a prisoner lives. Privileges, such as work activity and temporary absences, may be removed. In more serious cases, close confinement may be ordered and remission standing to the inmate's credit revoked.

Regulation 649, R.R.O. 1980:

31.—(1) Where the Superintendent determines that an inmate has committed a misconduct, the Superintendent may impose one or more of the following penalties:

internes de l'établissement carcéral comporte-t-elle l'imposition de véritables conséquences pénales? Il faut d'abord se demander en quoi consistent de véritables conséquences pénales. Le juge Wilson répond à cette question dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*. Après avoir affirmé que les personnes accusées d'une affaire privée ou interne peuvent néanmoins jouir des droits conférés par l'art. 11 puisque ces procédures comportent l'imposition de «véritables conséquences pénales», elle explique ce qu'elle veut dire par cette expression, à la p. 561:

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée. [Je souligne.]

Le juge Wilson ajoute que le pouvoir restreint d'imposer des amendes en vue de réaliser un certain objectif privé peut ne pas entraîner l'application de l'art. 11. Pour ce qui est de l'emprisonnement, elle se demande (faisant observer que la question n'a pas été soulevée) si l'imposition d'une peine d'emprisonnement pourrait être autre chose qu'une conséquence pénale.

En l'espèce, les procédures disciplinaires internes ne comportaient ni amende, ni emprisonnement. La punition de l'appelant a consisté à le placer en isolement cellulaire pendant cinq jours et en une diète spéciale pourvoyant aux besoins alimentaires essentiels. Si on considère de façon plus générale les pouvoirs que l'art. 31 du Règlement 649 confère au directeur qui juge qu'un détenu s'est rendu coupable d'inconduite, on peut constater qu'ils se limitent ordinairement aux affaires qui influent sur les conditions de vie d'un détenu. Des privilèges comme le travail et les absences temporaires peuvent être retirés. Dans les cas plus graves, l'isolement cellulaire peut être ordonné et les crédits de réduction de peine inscrits au compte du détenu peuvent être supprimés.

Règlement 649, R.R.O. 1980:

[TRADUCTION] 31.—(1) Lorsque le directeur juge qu'il y a eu inconduite de la part d'un détenu, il peut lui infliger l'une des punitions suivantes:

1. Loss of all or some privileges for a period not greater than 120 days.
2. A change of program or work activity.
3. A change of classification relating to the incentive allowance. ^a
4. A change of security status.
5. A reprimand.
6. Revocation of a temporary absence permit. ^b

(2) Where the Superintendent determines that an inmate has committed a misconduct of a serious nature, the Superintendent may impose, in addition to any of the penalties imposed in subsection (1), one of the following penalties:

1. Close confinement for a definite period not greater than thirty days on a regular diet.
2. Close confinement for an indefinite period not greater than thirty days on a regular diet. ^d
3. Close confinement for an indefinite period not greater than ten days on a special diet that fulfills basic nutritional requirements. ^e
4. Forfeiture of a portion or all of the remission that stands to the inmate's credit but no such forfeiture shall exceed fifteen days without the Minister's approval. ^f
5. Subject to the approval of the Minister, suspension of the eligibility of an inmate to earn remission for a period of two months.

The appellant suggests that the forfeiture or suspension of remission (which did not occur in this case) constitutes imprisonment. This submission is at odds with the legal concept of earned remission. Remission does not shorten a sentence for imprisonment; that can be done only by appeal. Rather, it permits an inmate who has "applied himself industriously" to the prison program, to serve part of his sentence outside the prison. The privilege of remission (it is not a right) is conferred as a matter of prison administration to provide incentives to inmates to rehabilitate themselves and co-operate in the orderly running of the prison. The removal of that privilege for conduct that violates these standards is equally a matter of internal prison discipline. Forfeiture of remission

1. La perte d'une partie ou de la totalité des privilèges pour une période d'au plus 120 jours.
2. Un changement de programme de travail ou d'activité.
3. Un changement de classification à l'égard des allocations d'encouragement.
4. Un changement de statut à l'égard de la sécurité.
5. Une réprimande.
6. La révocation d'une autorisation d'absence temporaire. ^b

(2) Lorsque le directeur juge qu'il y a eu inconduite grave de la part d'un détenu, il peut infliger, en sus des punitions mentionnées au paragraphe (1), l'une des punitions suivantes: ^c

1. L'isolement cellulaire pour une période déterminée d'au plus trente jours à un régime alimentaire normal.
2. L'isolement cellulaire pour une période indéterminée d'au plus trente jours à un régime alimentaire normal.
3. L'isolement cellulaire pour une période indéterminée d'au plus dix jours à une diète minimale qui pourvoit aux besoins alimentaires essentiels. ^e
4. La suppression d'une partie ou de la totalité des crédits de réduction de peine inscrits au compte du détenu, sous réserve que cette suppression ne portera pas sur plus de quinze jours sans l'autorisation du Ministre. ^f
5. Sous réserve de l'autorisation du Ministre, la suppression de la possibilité pour un détenu d'accumuler des jours de réduction de peine pendant deux mois.

^g L'appelant soutient que la suppression ou l'annulation de la réduction de peine (qui n'a pas eu lieu en l'espèce) constitue un emprisonnement. Cet argument ne correspond pas à la notion juridique de réduction de peine méritée. La réduction de peine ne raccourcit pas une sentence d'emprisonnement; cela ne peut se réaliser que par voie d'appel. Elle permet plutôt au détenu qui «a participé assidûment» au programme de l'établissement carcéral de purger une partie de sa sentence en dehors de la prison. Le privilège de la réduction de peine (qui n'est pas un droit) relève de l'administration de la prison afin d'encourager les détenus à se réhabiliter et à coopérer au bon fonctionnement de la prison. La suppression de ce privilège en raison d'une conduite contraire à ces normes relève égale-

does not constitute the imposition of a sentence of imprisonment by the superintendent, but merely represents the loss of a privilege dependent on good behaviour: see *Knockaert v. Commissioner of Corrections*, [1986] 2 F.C. 361 (C.A.), where it was held, *per* Hugessen J., (Lacombe J. concurring, Marceau J. dissenting) that cancellation of earned remission does not constitute punishment, but is rather the withholding of a reward. See, also, Parizeau and Szabo, *The Canadian Criminal-Justice System*, at p. 163, where parole is described as release under supervision until the sentence (which remains in place) expires.

I conclude that the sanctions conferred on the superintendent for prison misconduct do not constitute "true penal consequences" within the *Wigglesworth* test. Confined as they are to the manner in which the inmate serves his time, and involving neither punitive fines nor a sentence of imprisonment, they appear to be entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and are not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large. Certainly the discipline meted to the appellant in this case is not such as to attract the application of s. 11(h).

Having concluded that the disciplinary proceeding to which the appellant was subject is not a proceeding for an offence within s. 11(h) on the principles set out in *R. v. Wigglesworth*, I add these comments as to the consequences of a contrary conclusion. I share the concern expressed by Wilson J. in *R. v. Wigglesworth* about an overbroad application of s. 11. I agree with her conclusion (at p. 558) that "it is preferable to restrict s. 11 to the most serious offences known to our law, i.e., criminal and penal matters and to leave other "offences" subject to the more flexible criteria of "fundamental justice" in s. 7."

ment de la discipline interne de la prison. La suspension de la réduction de peine ne constitue pas l'imposition, par le directeur, d'une peine d'emprisonnement, mais représente simplement la perte d'un privilège qui dépend de la bonne conduite du détenu: voir l'arrêt *Knockaert c. Commissaire aux services correctionnels*, [1986] 2 C.F. 361 (C.A.), dans lequel le juge Hugessen (aux motifs duquel le juge Lacombe a souscrit, le juge Marceau étant dissident) conclut que l'annulation de la réduction de peine méritée ne constitue pas une punition, mais plutôt le retrait d'une récompense. Voir aussi Parizeau et Szabo, *Le traitement de la criminalité au Canada*, à la p. 335, où l'on décrit la libération conditionnelle comme une libération sous surveillance jusqu'à l'expiration de la sentence (qui reste en vigueur).

Je conclus que les sanctions que le directeur d'une prison peut imposer à un détenu pour inconduite ne constituent pas de «véritables conséquences pénales» au sens du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Puisqu'elles sont limitées à la façon dont le détenu doit purger sa peine et qu'elles ne comportent ni amende, ni peine d'emprisonnement, ces sanctions paraissent tout à fait proportionnées à l'objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elles n'ont ni l'ampleur ni les conséquences auxquelles on s'attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général. Les sanctions disciplinaires infligées à l'appellant en l'espèce ne sont certainement de nature à entraîner l'application de l'al. 11h).

Ayant conclu que les procédures disciplinaires à laquelle l'appellant a été soumis ne sont pas des procédures relatives à une infraction au sens de l'al. 11h) d'après les principes exposés dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, j'ajoute ce qui suit au sujet des conséquences d'une conclusion contraire. Je partage l'inquiétude exprimée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth* au sujet d'une application trop générale de l'art. 11. Je souscris à sa conclusion (à la p. 558) qu'«il est préférable de restreindre l'art. 11 aux plus graves infractions que nous connaissons dans notre droit, c.-à-d. les affaires criminelles et pénales, et de laisser les autres «infractions» relever du critère plus souple de la «justice fondamentale» énoncé à l'art. 7.»

The importance of this is illustrated by considering the impact of the application of s. 11 to prison discipline proceedings. Prison discipline proceedings must be expeditious and informal if the crises that inevitably occur in centres of incarceration are to be avoided. To accord to inmates facing such proceedings the constitutional rights which s. 11 confers on an accused charged with a criminal offence would be to make the task of those charged with maintaining order in our prisons immeasurably more difficult. Procedural protection for inmates affected by disciplinary measures is more properly to be found in the more flexible guarantees of s. 7 than in s. 11 of the *Charter*.

I also find support for my conclusion that s. 11(h) does not apply to the prison disciplinary proceedings against the appellant in the fact that the same view has been taken in other jurisdictions. The American Constitution in the Fifth Amendment contains guarantees against double jeopardy, providing that no person shall "for the same offence . . . be twice put in jeopardy of life or limb". American courts have held, almost without exception, that this guarantee does not preclude criminal prosecution of an inmate who has undergone prison disciplinary proceedings for the same act. The weight of American authority supports the conclusion that the primary purpose of prison disciplinary proceedings is to maintain institutional order and safety and to assist individual rehabilitation, rather than the prosecution of and punishment for "offences" within the Fifth Amendment: *State v. Killebrew*, 340 N.W.2d 470 (Wis. 1983), at pp. 476-77; *Kerns v. Parratt*, 672 F.2d 690 (8th Cir. 1982); *People v. Lewis*, 386 N.E.2d 910 (Ill. 1979); *State v. Procter*, 367 N.E.2d 908 (Ohio 1977); *State v. Keller*, 369 N.E.2d 798 (Ohio 1976); *In Re Lamb*, 296 N.E.2d 280 (Ohio 1973).

English courts have also concluded that proceedings of a disciplinary board against an inmate

L'importance de cela ressort de l'examen des conséquences qu'aurait l'application de l'art. 11 aux procédures disciplinaires en milieu carcéral. Les procédures disciplinaires en milieu carcéral doivent être expéditives et informelles si l'on veut éviter les crises qui surviennent forcément dans les centres de détention. Conférer aux détenus qui font face à ces procédures les droits constitutionnels que l'art. 11 garantit à toute personne accusée d'une infraction criminelle aurait pour conséquence de rendre la tâche extrêmement difficile à ceux qui doivent maintenir l'ordre dans nos prisons. La protection sur le plan de la procédure à accorder aux détenus touchés par des mesures disciplinaires doit se trouver dans les garanties plus souples qu'offre l'art. 7 plutôt qu'à l'art. 11 de la *Charte*.

Le fait que d'autres ressorts aient adopté le même point de vue étaye également, à mon sens, ma conclusion que l'al. 11h) ne s'applique pas aux procédures disciplinaires auxquelles a été soumis l'appelant en milieu carcéral. La Constitution des États-Unis comporte, en vertu du Cinquième amendement, des garanties contre la double incrimination puisque cet amendement énonce que [TRADUCTION] «nul ne sera exposé pour le même crime [...] à encourir deux fois une menace pour sa vie ou son corps». Les tribunaux des États-Unis ont, presque tous sans exception, conclu que cette garantie n'empêche pas d'intenter des poursuites criminelles contre un détenu qui a été soumis à des procédures disciplinaires en prison pour le même acte. Le poids de la jurisprudence américaine étaye la conclusion que l'objet premier des procédures disciplinaires en milieu carcéral est de maintenir l'ordre et la sécurité dans les établissements et de favoriser la réhabilitation des individus plutôt que de poursuivre et de punir pour des «crimes» au sens du Cinquième amendement: *State v. Killebrew*, 340 N.W.2d 470 (Wis. 1983), aux pp. 476 et 477; *Kerns v. Parratt*, 672 F.2d 690 (8th Cir. 1982); *People v. Lewis*, 386 N.E.2d 910 (Ill. 1979); *State v. Procter*, 367 N.E.2d 908 (Ohio 1977); *State v. Keller*, 369 N.E.2d 798 (Ohio 1976); *In Re Lamb*, 296 N.E.2d 280 (Ohio 1973).

Les cours anglaises ont aussi conclu que les procédures d'un comité de discipline engagées

cannot give rise to a plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* or otherwise bar a subsequent criminal proceeding arising out of the same incident: *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701 (C.C.A.)

2. *Whether Prosecution of the Appellant is Barred by Regulation 649 of the Ministry of Correctional Services Act*

Sections 29 and 30 of Regulation 649 under the *Ministry of Correctional Services Act* set out the procedures to be followed if an inmate is suspected of having committed misconduct, as defined by s. 28, where the alleged misconduct also constitutes an indictable offence under the *Criminal Code*.

Section 29(1) provides for consultation between the superintendent and the local Crown Attorney "to determine whether the case should be dealt with by the Crown Attorney under the criminal law or by the Superintendent as a matter of internal discipline."

Section 29(2) states that when a prosecution is commenced by a Crown Attorney, all internal discipline proceedings shall be discontinued.

As the misconduct of the appellant also constituted an indictable offence, the s. 29(1) procedure should have been followed and the Crown Attorney should have been consulted with regard to whether a prosecution under the *Criminal Code* was expected. It is not known whether or not the Crown Attorney was in fact consulted. What is known is that disciplinary charges proceeded, after which a criminal prosecution proceeded on the complaint of the assaulted inmate.

The general purpose of s. 29 would appear to be to avoid proceeding against an inmate both by way of disciplinary charges and by prosecution for an indictable offence under the *Criminal Code*. Nevertheless, in my opinion, s. 29 offers no basis upon which a court may stay a criminal prosecu-

contre un détenu ne donnent pas ouverture aux plaidoyers d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* ni n'empêchent d'intenter des poursuites criminelles pour le même incident: *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701 (C.C.A.)

2. *Le Règlement 649 pris en vertu de la Loi sur le ministère des Services correctionnels empêche-t-il de poursuivre l'appelant?*

Les articles 29 et 30 du Règlement 649 pris en vertu de la *Loi sur le ministère des Services correctionnels* établissent la procédure à suivre quand un détenu est soupçonné d'inconduite au sens de l'art. 28 et quand l'inconduite qui lui est reprochée constitue également un acte criminel en vertu du *Code criminel*.

Le paragraphe 29(1) prescrit des consultations entre le directeur et le substitut local du procureur général «afin de décider si le dossier doit être pris en charge par le substitut au procureur général et traité selon le droit criminel ou s'il doit être pris en charge par le directeur et traité comme une affaire de discipline interne».

Le paragraphe 29(2) mentionne que lorsque des poursuites sont engagées par le substitut du procureur général, toute procédure disciplinaire interne est abandonnée.

Puisque l'inconduite de l'appellant constituait également un acte criminel, la procédure énoncée au par. 29(1) aurait dû être suivie et le substitut du procureur général aurait dû être consulté pour savoir s'il y aurait des poursuites en vertu du *Code criminel*. On ne sait pas si le substitut du procureur général a été effectivement consulté. On sait cependant que des procédures disciplinaires ont eu lieu et que, plus tard, des poursuites criminelles ont été engagées à la suite d'une plainte par le détenu victime de l'agression.

L'article 29 semblerait avoir pour objet général d'éviter que des procédures soient engagées contre un détenu à la fois sous forme de procédures disciplinaires et de poursuites pour un acte criminel en vertu du *Code criminel*. J'estime néanmoins que l'art. 29 ne permet pas à un tribunal judiciaire

tion where disciplinary proceedings have taken place.

The first reason why this is so is that s. 29, on its plain wording, cannot be read as precluding criminal prosecution where disciplinary proceedings have occurred. Section 29(2) plainly provides that where external criminal proceedings have commenced, internal disciplinary proceedings must be discontinued. It omits reference to the converse situation—the staying of a criminal prosecution where internal proceedings have been completed. To read s. 29(2) as prohibiting prosecution would be to insert words into the statute. This I think should not be done.

The Legislature has chosen, in s. 29(2), to accord certain protection to inmates against being both prosecuted and being proceeded against disciplinarily. It must be assumed that the decision to limit the protection to the discontinuance of disciplinary proceedings and not to extend it to staying of criminal charges was made advisedly, for good reason. For example, if an inmate has allegedly committed an apparently minor misconduct for which he is disciplined internally, and it is later discovered that the misconduct was of a very serious criminal nature, it might be argued that criminal proceedings should be allowed to proceed. Similarly, it may have been thought necessary to allow complainants to institute criminal proceedings notwithstanding earlier disciplinary proceedings. The Legislature having chosen to limit the ambit of s. 29(2), it is not for this Court to extend that protection beyond what the Legislature has seen fit to grant.

Nor can I accept the suggestion that s. 29(1) should be read as precluding a criminal prosecution where disciplinary proceedings have taken place. If section 29(1) were interpreted to mean that misconduct proceedings may be either external or internal, but not both, then s. 29(2) would be totally unnecessary.

de suspendre des poursuites criminelles quand des procédures disciplinaires ont déjà eu lieu.

La première raison pour laquelle il en est ainsi tient à ce que l'art. 29 ne peut s'interpréter, selon le sens ordinaire de ses termes, comme empêchant d'intenter des poursuites criminelles quand il y a eu des procédures disciplinaires. Le paragraphe 29(2) prévoit expressément que les procédures disciplinaires internes doivent être abandonnées quand des poursuites criminelles externes sont engagées. Il ne mentionne pas la situation inverse—la suspension des poursuites criminelles quand des procédures internes ont eu lieu. Interpréter le par. 29(2) comme interdisant de poursuivre reviendrait à y voir ce qui n'y est pas écrit. J'estime que c'est une chose à éviter.

Le législateur a choisi, au par. 29(2), d'accorder aux détenus une certaine protection garantissant qu'ils ne feront pas l'objet à la fois de poursuites criminelles et de procédures disciplinaires. Il faut présumer que la décision de restreindre la protection à l'arrêt des procédures disciplinaires et de ne pas l'étendre à la suspension des procédures criminelles a été prise de façon réfléchie et pour des motifs valables. Par exemple, si un détenu est accusé d'inconduite apparemment mineure pour laquelle il se voit infliger des sanctions disciplinaires internes et qu'on découvre plus tard que cette inconduite était de nature criminelle très grave, il serait possible de soutenir que des procédures criminelles devraient être engagées. De même, on peut avoir jugé nécessaire de permettre à des plaignants d'engager des procédures criminelles même s'il y avait déjà eu des procédures disciplinaires. Le législateur ayant choisi de restreindre la portée du par. 29(2), il n'appartient pas à notre Cour d'étendre la protection au-delà de ce que le législateur a jugé bon d'accorder.

Je ne puis non plus accepter la proposition que le par. 29(1) doit s'interpréter comme empêchant d'intenter des poursuites criminelles lorsque des procédures disciplinaires ont eu lieu. Si le par. 29(1) était interprété comme signifiant que des procédures relatives à une inconduite peuvent être externes ou internes, mais non les deux à la fois, alors le par. 29(2) serait totalement inutile.

I conclude that the language of s. 29(1) does not preclude criminal proceedings where disciplinary proceedings have already taken place.

The second reason why s. 29 should not be read as requiring a stay of the criminal proceedings, where internal disciplinary proceedings have occurred, relates to constitutional division of powers between the federal government and the provinces. A provincial legislative provision which prohibits the prosecution of criminal offences would be inoperative to preclude prosecution where a complainant has sworn an information, as in the case at bar.

Section 455 (now s. 504) of the *Criminal Code* permits members of the public to lay an information before a judge if they believe that a person has committed an indictable offence. In *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253, this Court held that s. 455 (now s. 504) was *intra vires* the federal government. The Court went on to find that the Quebec *Youth Protection Act*, S.Q. 1977, c. 20, which provided that charges against a juvenile could only proceed to Court through the Director of Youth Protection, was inoperative where an individual had sworn an information because the provincial statute conflicted with the federal provision. Therefore, if s. 29 of the Regulations were interpreted to prohibit criminal prosecution where internal disciplinary proceedings have occurred, the section would be inoperative in any case where an information was laid privately.

It follows that even if s. 29 of the Regulations could be interpreted as precluding prosecution where disciplinary proceedings had taken place, it would be inoperative and of no assistance to the appellant in this case, since the criminal prosecution against him was initiated by a complaint laid by the victim of the assault.

Having thus concluded, I need not embark on the broader constitutional question of whether a provincial law which limits the prosecution of

Je conclus que le texte du par. 29(1) n'empêche pas d'engager des procédures criminelles quand il y a déjà eu des procédures disciplinaires.

^a La deuxième raison pour laquelle on ne devrait pas interpréter l'art. 29 comme exigeant la suspension des procédures criminelles quand il y a eu des procédures disciplinaires internes relève du partage constitutionnel des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces. Une disposition législative provinciale qui interdit de poursuivre pour certaines infractions criminelles serait inopérante pour ce qui est d'empêcher d'entamer des poursuites quand un plaignant a déposé une dénonciation sous serment comme en l'espèce.

L'article 455 (maintenant l'art. 504) du *Code criminel* autorise les particuliers à déposer une dénonciation devant un juge s'ils croient que quelqu'un a commis un acte criminel. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253, notre Cour a statué que l'art. 455 relève de la compétence fédérale. La Cour a affirmé en outre que la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, ch. 20, qui dispose que les accusations contre un jeune ne peuvent être portées en justice que par l'intermédiaire du directeur de la protection de la jeunesse, était inopérante quand un particulier a déposé une dénonciation sous serment parce que la loi provinciale est incompatible avec cette disposition fédérale. En conséquence, si l'art. 29 du Règlement était interprété comme interdisant d'intenter des poursuites criminelles après la tenue de procédures disciplinaires internes, l'article serait inopérant toutes les fois qu'une dénonciation privée a été déposée.

Il s'ensuit que même si l'on pouvait interpréter l'art. 29 du Règlement comme empêchant de poursuivre quand il y a eu des procédures disciplinaires, cet article serait inopérant et ne serait d'aucun secours à l'appelant en l'espèce puisque les poursuites criminelles intentées contre lui résultent d'une plainte déposée par la victime de l'agression.

Étant arrivée à cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire d'examiner la question constitutionnelle plus générale de savoir si une loi provinciale qui

criminal offences would be *ultra vires* the provinces generally, as infringing the federal power to make laws governing criminal law and criminal procedure.

3. *Whether s. 11 of the Charter and s. 29 of the Regulations under the Ministry of Correctional Services Act, Read Together, Require a Stay of Prosecution*

I have concluded that neither s. 11 of the *Charter* nor s. 29 of the Regulations support a stay of the criminal prosecution against the appellant. Nor does reading them together assist, in my opinion. The Province cannot, by conferring certain protections on an inmate, expand the operation of s. 11 of the *Charter*. Even if the Province were to characterize an internal discipline proceeding as an "offence" within s. 11 of the *Charter* (which it has not done), that would not suffice; it would still be necessary to examine whether the internal proceeding is in fact a prosecution for a criminal offence or carries true penal consequences under the test in *R. v. Wigglesworth*. Thus, even if it were accepted that the Legislature in enacting s. 29 viewed internal disciplinary proceedings as akin to criminal prosecutions, it would not follow that such proceedings fall under s. 11(h). The question of whether the Province viewed the disciplinary proceeding as criminal is not relevant to an inquiry under s. 11, in my opinion. The only question is whether the disciplinary proceedings met the test for double jeopardy laid down by this Court in *R. v. Wigglesworth*.

E. Conclusion

In my opinion, the Court of Appeal was correct in setting aside the stay of proceedings granted by the trial judge. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, WILSON and CORY JJ. dissenting.

restreint les poursuites relatives à des infractions criminelles excède la compétence des provinces en général, pour le motif qu'elle empiète sur la compétence fédérale d'adopter des lois régissant le droit criminel et la procédure en matière criminelle.

3. *La combinaison de l'art. 11 de la Charte et de l'art. 29 du Règlement pris en vertu de la Loi sur le ministère des Services correctionnels exige-t-elle une suspension des poursuites?*

J'ai conclu que ni l'art. 11 de la *Charte*, ni l'art. 29 du Règlement ne justifient une suspension des poursuites criminelles intentées contre l'appelant. À mon avis, la combinaison des deux articles ne lui est pas plus utile. La province ne peut, en accordant certaines garanties à un détenu, étendre la portée de l'art. 11 de la *Charte*. Même si la province devait qualifier la procédure disciplinaire interne d'«infraction» au sens de l'art. 11 de la *Charte* (ce qu'elle n'a pas fait), ce ne serait pas suffisant; il faudrait quand même déterminer si la procédure interne est en réalité une poursuite relative à une infraction criminelle ou si elle comporte de véritables conséquences pénales au sens du critère de l'arrêt *R. c. Wigglesworth*. Donc, même si on admettait qu'en adoptant l'art. 29 le législateur a considéré que les procédures disciplinaires internes s'apparentaient à des procédures criminelles, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que ces procédures relèvent de l'al. 11h). Selon moi, il est inutile, pour les fins d'un examen fondé sur l'art. 11, de déterminer si la province a considéré comme criminelles les procédures disciplinaires. La seule question pertinente est de savoir si les procédures disciplinaires satisfont au critère du double péril formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*.

E. Conclusion

À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'annuler la suspension des procédures accordée par le juge du procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON et CORY sont dissidents.

*Solicitor for the appellant: Dragi Zekavica,
Toronto.*

*Procureur de l'appelant: Dragi Zekavica,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-
eral for Ontario, Toronto.*

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

^a

Mario Duarte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and
the Attorney General of Quebec** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. DUARTE

File No.: 20542.

1989: October 4, 5; 1990: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2)(a), 178.16(1)(a), (b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of breach of Charter inadmissible if administration of justice would be brought into disrepute — Evidence obtained as result of unintentional Charter breach — Whether or not admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter —

Mario Duarte *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a
et

**Le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Québec** *Intervenants*

^b RÉPERTORIÉ: R. c. DUARTE

N° du greffe: 20542.

1989: 4, 5 octobre; 1990: 25 janvier.

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

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

^d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(1), (2)a), 178.16(1)a), b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Preuve — Recevabilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte irrecevable si son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Preuve obtenue à la suite d'une violation non intentionnelle de la Charte — Son utilisation serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

ⁱ *Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative,*

Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic surveillance — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter.

As part of an investigation into drug trafficking, the police rented an apartment for a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*. Appellant discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer at the apartment. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation based upon a review of the tapes of the conversations.

The appellant was later charged with conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts the interception of conversations to which one of the parties consents from the prohibition of unauthorized electronic surveillance. The trial judge held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

The constitutional questions stated in this Court queried whether s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* infringed or denied the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether or not it was justified by s. 1 of

est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance électronique — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la police a loué un appartement pour un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, à ce que leurs conversations soient interceptées. L'appelant a discuté avec l'agent d'infiltration et l'indicateur d'une affaire de cocaïne. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui étaient fondées sur les enregistrements.

L'appelant a été accusé par la suite de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un *voir-dire* la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge du procès a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible. Le ministère public a interjeté un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquiescement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir si l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier de

the *Charter*. During the argument, the position was advanced that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise in that this provision was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1). Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, became whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. Finally, if this action was indeed an unjustifiable infringement of a *Charter* right, were communications intercepted as a result of this practice admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: Surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*.

The regulation of electronic surveillance is not directed at protecting a person from the risk that someone will repeat his words but from the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit his words. If the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of a person's private communications, there would be no meaningful residuum to the right to live free from surveillance. A reasonable balance must therefore be struck between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement.

Part IV.1 of the *Code* strikes an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record private communications to external restraint and requiring that action to be justified by application of an objective criterion. The imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to

la *Charte*. Au cours des débats, on a avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a) ne se pose pas vraiment, étant donné que cette disposition représentait en fait une exception à l'interdiction par le par. 178.11(1) du *Code criminel* d'intercepter les communications privées. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu'il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l'art. 8 de la *Charte* s'il était commis par un organe de l'État, tel que la police. Finalement, si l'acte en cause était vraiment une violation injustifiable d'un droit garanti par la *Charte*, les communications interceptées de cette manière seraient-elles admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: La surveillance électronique clandestine d'un particulier par un agent de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

La réglementation de la surveillance électronique ne vise pas à protéger une personne du risque que quelqu'un répète ses propos, mais du danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette ses propos. Si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents des communications privées d'une personne, il ne resterait rien qui vaille du droit de vivre libre de toute surveillance. D'où la nécessité d'établir un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée en s'accquittant de ses responsabilités en matière d'application des lois.

La partie IV.1 du *Code* établit un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer les communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le recours à un

any citizen whose private communications have been intercepted.

Privacy may be defined as the right of the individual to determine when, how, and to what extent he or she will release personal information. A reasonable expectation of privacy demands that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence.

The assessment of the constitutionality of a search and seizure must focus on its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective. Applying this standard, if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them.

By contrast to the general provisions on electronic surveillance, the *Code* places no restriction on participant surveillance, i.e., where one of the parties to the conversation consents. The police may employ this practice in their absolute discretion, against whom they wish and for whatever reasons they wish, without any limit as to place or duration. There is a total absence of prior judicial supervision of this practice.

There is no logical distinction between third party electronic surveillance and participant surveillance. Where persons have reasonable grounds to believe their communications are private communications, the unauthorized surreptitious electronic recording of those communications is an intrusion on a reasonable expectation of privacy. Our perception that we are protected against arbitrary interceptions of private communications ceases to have any real basis once it is accepted that the state is free to record private communications, without constraint, provided only that it has secured the agreement of one of the parties to the communication. The risk of being recorded is not simply a variant of the risk of having one's words disclosed by the person to whom we

critère externe et objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées.

La vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels. Il est raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction.

La constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie doit être appréciée en fonction de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable. Lorsqu'on applique cette norme, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arrogue le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle il les destine.

Contrairement aux dispositions générales visant la surveillance électronique, le *Code* n'impose aucune restriction à la surveillance participative pourvu qu'une partie y consente. La police peut, à sa discrétion absolue, employer cette méthode contre qui elle veut et pour les raisons qu'elle veut, et ce, sans limite quant à l'endroit ni quant à la durée. Il n'existe aucun contrôle judiciaire préalable de cette pratique.

Il n'y a aucune différence logique entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications est une violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires de communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Le risque d'être enregistré n'est pas une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à

speak. Surreptitious electronic recording annihilates the very important right to choose the range of our listeners.

Whether or not to allow participant surveillance is a policy decision fraught with the gravest of implications. Countenancing participant surveillance, strikes not only at the expectations of privacy of criminals but also undermines the expectations of privacy of all those who set store on the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. It has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. The sole effect of requiring a warrant would be to ensure that police restrict "participant monitoring" to cases where they can show probable cause for a warrant. It would not hamper their ability to combat crime effectively.

Participant surveillance infringes s. 8 of the *Charter*. It leaves all the conditions under which conversations are intercepted to the sole discretion of the police and therefore cannot be held to meet the definition of "reasonable" in the context of s. 8 of the *Charter*. Its large-scale use by police could by-pass any judicial consideration of the entire police procedures and make the entire scheme in Part IV.1 of the *Code* largely irrelevant. Indeed, the constitutionality of Part IV.1 of the *Code* is predicated on the numerous safeguards designed to prevent the possibility that the police view recourse to electronic surveillance as a routine administrative matter.

The simple fact that the police could employ the same investigatory tool with or without a warrant destroys any argument that participant surveillance can be upheld as a reasonable limit to the right to be secure from unreasonable search and seizure.

Section 178.16(1) of the *Code* makes certain types of evidence inadmissible. It does not make a communication admissible. If it is admissible, it is by virtue of the common law. The communication would be admissible as relevant evidence at common law, but since it was obtained contrary to s. 8, it will not, by virtue of s. 24(2) of the *Charter*, be admissible if to do so would bring the administration of justice into disrepute. Many factors can be considered in determining if the administration of justice will be brought into disrepute. Of cardinal importance in assessing these factors is the fairness of the process, and in particular, its impact on the fairness of the trial.

laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de choisir nos auditeurs.

La décision de principe d'autoriser la surveillance participative comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels mais minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. L'exigence de l'obtention d'un mandat aurait pour seul effet d'obliger la police à limiter la «surveillance participative» aux cas où elle peut démontrer des raisons plausibles d'obtenir un mandat. Cela ne diminuerait pas sa capacité de combattre efficacement le crime.

La surveillance participative contrevient à l'art. 8 de la *Charte*. Elle laisse à la seule discrétion de la police les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations et elle ne peut donc pas être jugée conforme à la définition de «raisonnable» dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Son utilisation à grande échelle par la police pourrait lui permettre d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien qu'une large part du régime créé par la partie IV.1 du *Code* deviendrait lettre morte. La constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative de pure routine.

Le simple fait que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat, détruit l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le paragraphe 178.16(1) du *Code* rend irrecevables certains types de preuves. Il ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la common law. La communication serait admissible à titre de preuve pertinente en common law, mais puisqu'elle a été obtenue en contravention de l'art. 8, elle n'est pas admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte* si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer si l'administration de la justice pourrait être déconsidérée. Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès sont d'importance capitale.

The breach here infringed an important *Charter* right and the evidence could have been obtained without breaching the *Charter*. It was, however, in no way deliberate and it stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. The admission of this evidence would not bring the administration of the law into disrepute.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons of the Ontario Court of Appeal. It was consequently unnecessary to address the issue of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **referred to:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.11(1), (2)(a), 178.12(1), 178.13(1), (2)(e), 178.16(1)(a), (b), 178.22(1), 178.23(1).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 47. *Electronic Surveillance*. Ottawa: Law Reform Commission, 1986.
Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom.* *R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, allowing an appeal from a judgment of Trotter J. Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaran-

La violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* et la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte*. Cependant, elle n'était aucunement intentionnelle et découlait d'une méprise quant aux exigences de la loi par des agents de police qui auraient obtenu en tout état de cause la preuve nécessaire pour que l'accusé soit reconnu coupable. L'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Le juge Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les raisons exposées par la Cour d'appel de l'Ontario. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

c Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **arrêts mentionnés:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.1, 178.11(1), (2)a), 178.12(1), 178.13(1), (2)e), 178.16(1)a), b), 178.22(1), 178.23(1).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 47. *La surveillance électronique*. Ottawa: Commission de réforme de droit, 1986.
Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, sous l'intitulé *R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, accueillant l'appel d'un jugement du juge Trotter. Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la

ted by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Alan D. Gold, for the appellant.

R. W. Hubbard, for the respondent.

Jeff Casey, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-François Dionne, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection accorded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against electronic recording of the conversations of individuals with the police and informers in the absence of judicial authorization.

Facts

As part of an investigation into drug trafficking, the Ontario Provincial Police and the Metropolitan Toronto Police rented an apartment in Mississauga which was to be occupied by a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. As a result of the operation, the undercover officer met a man named Paul Vidotto. Some days after the meeting, Vidotto, the appellant Mario Duarte, and two others attended at the apartment and discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation which he acknowledged were based upon a review of the tapes of the conversations.

Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Alan D. Gold, pour l'appelant.

R. W. Hubbard, pour l'intimé.

Jeff Casey, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-François Dionne, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

LE JUGE LA FOREST—Il est question dans le présent pourvoi de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement électronique de conversations de particuliers avec des policiers et avec des indicateurs, sans autorisation judiciaire.

Les faits

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la Police provinciale de l'Ontario et la Police de la communauté urbaine de Toronto ont loué à Mississauga un appartement que devait occuper un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti à ce que leurs conversations soient interceptées, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Grâce à l'opération, l'agent d'infiltration a fait la connaissance d'un certain Paul Vidotto. Quelques jours après leur rencontre, Vidotto, l'appelant Mario Duarte et deux autres personnes se sont rendus à l'appartement pour discuter d'une affaire de cocaïne avec l'agent d'infiltration et l'indicateur. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui, a-t-il reconnu, étaient fondées sur les enregistrements.

The appellant was later charged with the offence of conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts from the prohibition of unauthorized electronic surveillance, the interception of conversations to which one of the parties consents. The trial judge, Trotter J., held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible.

The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. In reasons that I shall review later, Cory J.A. (as he then was) following American authorities dealing with the Fourth Amendment to the American Constitution, concluded that the interception of private conversations without a warrant but with the consent of one of the participants does not violate s. 8 of the *Charter* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Notice of Appeal was then filed in this Court and the following constitutional questions were stated:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorneys General for Ontario and Quebec intervened to support the constitutionality of s. 178.11(2)(a).

During the argument, counsel for the appellant, however, advanced the position that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise.

L'appelant a été accusé par la suite de l'infraction de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un voir-dire la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge Trotter, qui présidait le procès, a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible.

Le ministère public a fait un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquittement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans des motifs que j'examinerai ultérieurement, le juge Cory (maintenant juge à notre Cour) s'est fondé sur des décisions américaines relatives au quatrième amendement de la Constitution américaine pour conclure que l'interception de conversations privées sans mandat mais avec le consentement d'un des interlocuteurs ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Un avis de pourvoi a alors été produit en notre Cour et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a).

Au cours des débats, l'avocat de l'appelant a cependant avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de

That provision, he noted, was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1), an exception applicable both to the police and members of the public. Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, becomes whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. In my view, that is the correct approach to the matter and I shall deal with it on this basis.

The Issues

The principal issue in this appeal is whether the commonly styled “consent” or “participant” surveillance — i.e., electronic surveillance in which one of the parties to a conversation, usually an undercover police officer or a police informer, surreptitiously records it — infringes the right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. This raises the subsidiary issues of whether such infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter* and whether the recorded conversation can nonetheless be admitted into evidence against an accused. I should at the outset note that “consent surveillance” is an unhappy term to describe a practice where only one party to a conversation has agreed to have it recorded. As put by the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 358: “the very nature of electronic surveillance precludes its use pursuant to the suspect’s consent.” I shall, therefore, use the term “participant surveillance”.

The importance of the issues can hardly be gainsaid. Carr, *The Law of Electronic Surveillance*, points out, at pp. 3-61, that in the United States this mode of surveillance is without question “the most widely used and most frequently practiced [*sic*] mode of eavesdropping”. Though I have found no data on the relative frequency of this

l’al. 178.11(2)a) ne se pose pas vraiment. Selon lui, cette disposition était en fait une exception à l’interdiction, énoncée au par. 178.11(1) du *Code*, d’intercepter les communications privées, exception qui s’appliquait aussi bien à la police qu’aux membres du public. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu’il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l’art. 8 de la *Charte* s’il était commis par un organe de l’État tel que la police. À mon avis, c’est ainsi qu’il convient d’aborder la question et c’est ainsi que je procéderai.

Les questions en litige

La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si ce qu’on appelle communément la surveillance «consensuelle» ou «participative» — c.-à-d. la surveillance électronique dans un cas où l’un des participants à une conversation, généralement un agent d’infiltration ou un indicateur, l’enregistre subrepticement — porte atteinte au droit garanti par l’art. 8 de la *Charte* à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cela soulève les questions subsidiaires de savoir si une telle atteinte peut se justifier aux termes de l’article premier de la *Charte* et si la conversation enregistrée peut néanmoins être admise en preuve contre un accusé. Je dois signaler au départ que «surveillance consensuelle» n’est pas une formule heureuse pour décrire une situation où un seul participant à une conversation a consenti à son enregistrement. Comme le dit la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 358: [TRADUCTION] «la nature même de la surveillance électronique fait qu’on ne peut y avoir recours avec le consentement du suspect.» J’emploierai en conséquence l’expression «surveillance participative».

L’importance des questions en litige ne fait pas de doute. Carr souligne dans *The Law of Electronic Surveillance*, aux pp. 3 à 61, qu’aux États-Unis, cette forme de surveillance constitue sans aucun doute [TRADUCTION] «le mode d’écoute clandestin le plus généralement et le plus souvent employé». Bien que je n’aie pu trouver de

practice in Canada, the cases would indicate that it is also widespread here. The extensive use of electronic surveillance in this country is documented. The Law Reform Commission of Canada's working paper on *Electronic Surveillance* reports at p. 10 that on a relative basis, Canadian law enforcement authorities request twenty times more authorizations to conduct electronic surveillance than their American counterparts.

Canada, in common with the United States, has taken important steps to ensure judicial supervision of electronic surveillance by Part IV.1 of the *Criminal Code*. Section 178.11(1) makes it an offence to engage in this activity. It reads:

178.11 (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

Under Part IV.1, the police generally may only conduct electronic surveillance once in possession of an authorization issued by a superior court judge and are bound to conduct such surveillance in strict accordance with the terms and conditions of the authorization. By contrast, participant surveillance is left entirely to the discretion of the police. Section 178.11(2)(a) of the *Code* provides the following exception to s. 178.11(1):

178.11 . . .

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

The police are thus free to make the decision to conduct this type of surveillance on whom they wish, where they wish, and for as long as they wish (in the present case, for example, the operation lasted some two years).

The Risk Analysis of the Court of Appeal

In upholding the legality of participant surveillance, the Court of Appeal relied heavily on

données sur la fréquence de son emploi au Canada, vu le nombre de cas, la pratique serait répandue ici également. L'emploi fréquent de la surveillance électronique au Canada a été documenté. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail intitulé *La surveillance électronique*, rapporte à la p. 11 que, toutes proportions gardées, les organismes canadiens chargés de l'application de la loi font vingt fois plus de demandes d'autorisation de surveillance électronique que leurs homologues américains.

Le Canada, comme les États-Unis, a pris des mesures importantes, énoncées à la partie IV.1 du *Code criminel*, visant à soumettre à un contrôle judiciaire la surveillance électronique, dont le par. 178.11(1) fait une infraction:

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

Suivant la partie IV.1, la police ne peut en règle générale procéder à la surveillance électronique qu'après avoir obtenu une autorisation délivrée par un juge d'une cour supérieure et cette surveillance doit s'effectuer en stricte conformité avec les conditions stipulées dans l'autorisation. La surveillance participative, par contre, est laissée entièrement à la discrétion de la police. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* prévoit l'exception suivante au par. 178.11(1):

178.11 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

La police a donc toute liberté de prendre la décision de soumettre à ce type de surveillance qui elle veut, quand elle veut et aussi longtemps qu'elle veut (en l'espèce, par exemple, l'opération a duré environ deux ans).

L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel

Pour conclure à la légalité de la surveillance participative, la Cour d'appel s'est largement

American authorities, citing several decisions of that country's Supreme Court, notably *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), a plurality decision which has been interpreted as giving that court's *imprimatur* to the practice, though the specific legislative provisions authorizing it were not directly placed in issue; see Carr, *op. cit.*, at pp. 3-62. Cory J.A., at p. 390, accurately summarized the logic of those decisions as resting on the notion that "the consent to the interception by the recipient may be looked upon as no more than an extension of the powers of recollection of the recipient of the communication". In essence, the starting point for the analysis is the proposition that the person who divulges any confidence always runs the risk that his interlocutor will betray the confidence. As Cory J.A. put it, at p. 393: "The expression of the idea and the assumption of the risk of disclosure are therefore concomitant."

The argument is then developed by pointing out that disclosures of this nature have always been admissible in a court of law. It is but a small step to the conclusion that constitutional expectations of privacy would therefore not operate to prohibit the interception of conversations which one of the participants is surreptitiously recording. As Cory J.A. put it, at pp. 393-94:

Given that it is accepted that the informant may testify in this manner as to pertinent conversations, the admission of electronic recordings of those conversations would seem to be a reasonable, logical and sequential step in trial proceedings. In this regard, the accurate transcript of the conversation should so often benefit the accused as the informant.

The same point, but with an added twist, was made by the Supreme Court of the United States in the following passage in *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), at pp. 438-39:

Once it is plain that Davis could properly testify about his conversation with Lopez, the constitutional claim relating to the recording of that conversation emerges in proper perspective.

appuyée sur la jurisprudence américaine, citant plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis, dont notamment *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971). Cet arrêt, rendu à la majorité, a été interprété comme donnant à la pratique en question l'approbation de cette cour, quoique les dispositions législatives précises qui l'autorisaient n'aient pas été directement en litige; voir Carr, *op. cit.*, aux pp. 3 à 62. Le juge Cory de la Cour d'appel, à la p. 390, résume avec justesse la logique de ces arrêts quand il dit qu'ils reposent sur la notion que [TRADUCTION] «le consentement à l'interception, donné par la personne qui reçoit la communication, peut être considéré comme rien d'autre que le prolongement de la mémoire de cette personne». Essentiellement, cette analyse part de la proposition que quiconque fait une confiance court toujours le risque de voir trahir sa confiance par son interlocuteur. Comme le dit le juge Cory à la p. 393: [TRADUCTION] «L'expression de l'idée et l'acceptation du risque de divulgation vont donc de pair.»

Le juge Cory développe cet argument en faisant remarquer que les divulgations de cette nature ont toujours été admissibles devant une cour de justice. Il n'y a pas loin à conclure de là que la protection constitutionnelle attendue en matière de respect de la vie privée ne joue pas pour empêcher l'interception de conversations qu'un des interlocuteurs enregistre subrepticement. Voici ce que dit le juge Cory aux pp. 393 et 394:

[TRADUCTION] Comme il est admis que l'indicateur peut témoigner de cette manière sur les conversations pertinentes, l'admission en preuve d'enregistrements électroniques de ces conversations semble constituer une étape raisonnable, logique et conséquente dans le déroulement du procès. Dans cette optique, la transcription exacte d'une conversation devrait profiter aussi souvent à l'accusé qu'à l'indicateur.

Le même point de vue, mais avec un élément supplémentaire, est exprimé par la Cour suprême des États-Unis dans le passage suivant tiré de l'arrêt *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), aux pp. 438 et 439:

[TRADUCTION] Dès lors qu'il est évident que Davis pouvait légitimement témoigner sur sa conversation avec Lopez, on voit dans sa perspective appropriée la réclamation constitutionnelle relative à l'enregistrement de cette conversation.

Stripped to its essentials, petitioner's argument amounts to saying that he has a constitutional right to rely on possible flaws in the agent's memory, or to challenge the agent's credibility without being beset by corroborating evidence that is not susceptible of impeachment. For no other argument can justify excluding an accurate version of a conversation that the agent could testify to from memory. We think the risk that petitioner took in offering a bribe to Davis fairly included the risk that the offer would be accurately reproduced in court, whether by faultless memory or mechanical recording. [Emphasis added.]

The decision in *Lopez v. United States* proceeds on the basis that participant surveillance is inherently less offensive than third party surveillance because the agent of the state hears nothing that his interlocutor did not intend him to hear. As the court there put it, at p. 439:

... the device was used only to obtain the most reliable evidence possible of a conversation in which the Government's own agent was a participant and which that agent was fully entitled to disclose. And the device was not planted by means of an unlawful physical invasion of petitioner's premises under circumstances which would violate the Fourth Amendment. It was carried in and out by an agent who was there with petitioner's assent, and it neither saw nor heard more than the agent himself.

Thus, for the Court of Appeal, inasmuch as the police are subjected to no warrant requirement in their use of informers or in their efforts to insinuate themselves into the confidence of a suspect, the use of electronic surveillance, as an adjunct to that process, is of no constitutional significance. In other words, if there has been a violation of privacy on the part of the state, it is complete when the confidence of the person under suspicion is gained. The *Charter* cannot purport to protect us if we don't know how to choose our "friends".

In summary, the risk analysis that is at the heart of the Court of Appeal's judgment rejects the notion that any distinction grounded on constitutional concerns should be drawn between evidence gained through the testimony of a participant to a conversation, and evidence gained through a sur-

Réduit à ses éléments essentiels, l'argument du requérant revient à dire que la constitution lui donne droit de bénéficier des défaillances éventuelles de la mémoire de l'agent ou d'attaquer sa crédibilité sans avoir à faire face à une preuve corroborante irréfutable. Car aucun autre argument ne peut justifier l'exclusion d'une version exacte d'une conversation dont l'agent pourrait témoigner de mémoire. Nous estimons que le risque pris par le requérant en tentant de soudoyer Davis comportait le risque réel que l'offre soit répétée exactement devant un tribunal, que ce soit grâce à une mémoire indéfectible ou grâce à un enregistrement mécanique. [Je souligne.]

L'arrêt *Lopez v. United States* repose sur la notion que la surveillance participative est foncièrement moins répréhensible que la surveillance par un tiers parce que l'agent de l'État n'entend rien de ce que son interlocuteur ne veut pas qu'il entende. Comme le dit la cour dans cet arrêt, à la p. 439:

[TRANSDUCTION] ... le dispositif a été utilisé à la seule fin d'obtenir la preuve la plus fiable possible d'une conversation à laquelle prenait part l'agent du gouvernement lui-même et que cet agent était parfaitement en droit de révéler. De plus, le dispositif n'a pas été mis en place par l'entrée illicite dans les locaux du requérant dans des circonstances qui constitueraient une violation du quatrième amendement. Le dispositif était porté, à l'entrée et à la sortie, par un agent qui s'y trouvait avec le consentement du requérant, et n'a donc pas vu ni entendu davantage que l'agent lui-même.

Donc, de l'avis de la Cour d'appel, comme la police n'est pas tenue d'obtenir un mandat lorsqu'elle se sert d'indicateurs ou tente de gagner la confiance d'un suspect, le recours à la surveillance électronique accessoirement à ce processus ne revêt aucune importance constitutionnelle. En d'autres termes, si l'État a porté atteinte à la vie privée, cette atteinte est réalisée quand la confiance du suspect est gagnée. La *Charte* ne peut nous protéger si nous ne savons bien choisir nos «amis».

En résumé, l'analyse fondée sur le risque, qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel, rejette la notion qu'il y a lieu de faire une distinction fondée sur des préoccupations d'ordre constitutionnel entre la preuve recueillie par le témoignage d'un participant à une conversation et la preuve obtenue

reptitious electronic recording of that conversation. A person who has voluntarily chosen to confide his wrongdoing to another, and who, by happenstance, has had the misfortune (from his perspective) of doing so in the presence of a microphone, should not be able to invoke the *Charter* to prevent divul-
 a gation of the confidence in a court of law. Incriminating statements and confessions of wrongdoing are not *per se* constitutionally protect-
 b ed communications; provided the accused spoke of his own free will, there is no constitutional signifi-
 c cance to be accorded the manner in which the evidence was gained. In effect, the court chose to treat the risk that an interlocutor will divulge one's words and the risk that he will make a permanent
 e electronic record of them at the behest of the state as being of the same order of magnitude.

This argument is not without weight: the fact that it counts among its adherents the Supreme Court of the United States and many state appel-
 late courts testifies to that.

The Opposing Approach

With respect, it seems to me, the Court of Appeal failed to deal with the true issue raised in this appeal. The real question, as I see it, is
 f whether our constitutional right to be secure against unreasonable search and seizure should be seen as imposing on the police the obligation to seek prior judicial authorization before engaging
 g in participant surveillance, or whether the police should be entirely free to determine whether circumstances justify recourse to participant surveil-
 h lance and, having so determined, be allowed an unlimited discretion in defining the scope and duration of participant surveillance. This Court is accordingly called on to decide whether the risk of
 i warrantless surveillance may be imposed on all members of society at the sole discretion of the police.

I begin by stating what seems to me to be obvious: that, as a general proposition, surrepti-
 j tious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. The

par l'enregistrement électronique clandestin de cette conversation. Une personne qui a choisi volontairement de confier ses méfaits à quelqu'un et qui, par hasard, a eu le malheur (de son point de
 a vue) de le faire en présence d'un microphone, ne devrait pas pouvoir invoquer la *Charte* pour empê-
 b cher que la confiance soit divulguée devant une cour de justice. Les déclarations incriminantes et les confessions d'actes illicites ne sont pas en soi
 c des communications protégées par la Constitution; pourvu que l'accusé ait parlé de son plein gré, aucune signification constitutionnelle n'est à attribuer à la manière dont la preuve a été recueillie. En fait, la cour a décidé de traiter comme égaux
 e en importance le risque qu'un interlocuteur révèle les propos d'une personne et le risque qu'il en fasse, à la demande de l'État, un enregistrement électronique permanent.

d Cet argument a un certain poids, comme en témoigne le fait que parmi ses tenants figurent la Cour suprême des États-Unis et les cours d'appel d'un bon nombre d'États.

L'autre méthode

Il me semble, avec égards, que la Cour d'appel n'a pas vraiment traité la question soulevée par le
 f présent pourvoi. La véritable question, selon moi, est de savoir si notre droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives devrait s'interpréter comme imposant à la police l'obligation de demander une
 g autorisation judiciaire avant toute surveillance participative, ou si la police devrait avoir la liberté absolue de déterminer si les circonstances justifient le recours à la surveillance participative et, une fois cette détermination faite, si elle devrait avoir
 h le pouvoir discrétionnaire illimité de fixer l'étendue et la durée de la surveillance participative. Notre Cour doit donc décider si tous les membres de la société devraient être exposés, à la seule discrétion
 i de la police, au risque d'une surveillance sans mandat.

Je commence par affirmer ce qui me paraît être l'évidence même, c'est-à-dire le principe général
 j que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art.

Ontario Court of Appeal has so held on at least two occasions; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, at p. 61 (leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, at p. 58. Accordingly, the Crown conceded this point in the courts below and did not seriously press the matter here. The Attorney General for Ontario, for its part, assumed though it did not concede the point, and the Attorney General of Quebec did not deal with it at all.

It should come as no surprise that these parties shied away from engaging in such an unequal contest. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, instructs us that the primary value served by s. 8 is privacy, and, as I noted in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 426, the spirit of s. 8 must not be constrained by narrow legalistic classifications. If one is to give s. 8 the purposive meaning attributed to it by *Hunter v. Southam Inc.*, one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance and to which, in consequence, the protection accorded by s. 8 should be more directly aimed, an issue I shall more fully develop as I go along.

Not surprisingly, then, the Crown sought to focus more sharply on participant surveillance and to draw a distinction between it and other types of electronic surveillance. If that endeavour is to succeed, however, one must proceed on the assumption that the factors that support the imposition of a requirement for an authorization in the third party interception (i.e., non-participatory surveillance) of private communications hold no currency where participant surveillance is concerned. This proposition takes one back to the rationale for the regulation of electronic surveillance generally, and I shall now deal with it at greater length.

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to

8 de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi statué à deux reprises au moins; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, à la p. 61 (autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, à la p. 58. Par conséquent, le ministère public a concédé ce point devant les juridictions inférieures en l'espèce et n'est pas vraiment revenu sur la question devant notre Cour. Le procureur général de l'Ontario pour sa part, sans concéder ce même point, l'a tenu pour acquis, tandis que le procureur général du Québec ne l'a même pas abordé.

On ne devrait pas s'étonner que ces parties aient reculé devant un combat si inégal. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, nous apprend que l'art. 8 vise d'abord et avant tout à assurer le respect de la vie privée et, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 426, l'esprit de l'art. 8 ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites. Si l'article 8 doit être interprété en fonction de son objet, comme il l'a été dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doive être plus directement visée par la protection de l'art. 8. Je reviendrai sur ce point ci-dessous.

Il n'est guère surprenant donc que le ministère public ait cherché à insister plutôt sur la surveillance participative et à faire une distinction entre elle et d'autres types de surveillance électronique. Cette tentative ne peut toutefois réussir que si l'on présume que les facteurs militant en faveur de l'exigence de l'obtention d'une autorisation dans le cas de l'interception de communications privées par un tiers (c.-à-d. la surveillance non participative) ne jouent plus lorsqu'il s'agit d'une surveillance participative. Une telle proposition nous ramène à la raison d'être de la réglementation de la surveillance électronique en général, et j'en entreprends maintenant un examen plus approfondi.

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la

receive it (see definition section of Part IV.1 of the *Code*) has nothing to do with protecting individuals from the threat that their interlocutors will divulge communications that are meant to be private. No set of laws could immunize us from that risk. Rather, the regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words.

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private. A society which exposed us, at the whim of the state, to the risk of having a permanent electronic recording made of our words every time we opened our mouths might be superbly equipped to fight crime, but would be one in which privacy no longer had any meaning. As Douglas J., dissenting in *United States v. White, supra*, put it, at p. 756: "Electronic surveillance is the greatest leveler of human privacy ever known." If the state may arbitrarily record and transmit our private communications, it is no longer possible to strike an appropriate balance between the right of the individual to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its goals, notably the need to investigate and combat crime.

This is not to deny that it is of vital importance that law enforcement agencies be able to employ electronic surveillance in their investigation of crime. Electronic surveillance plays an indispensable role in the detection of sophisticated criminal enterprises. Its utility in the investigation of drug related crimes, for example, has been proven time and again. But, for the reasons I have touched on, it is unacceptable in a free society that the agen-

partie IV.1 du *Code*) n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. Aucune législation ne pourrait nous mettre à l'abri de ce risque. La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent: non plus le risque que quelqu'un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos.

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l'État, au risque qu'un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut-être d'excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. Comme le dit le juge Douglas, dissident dans l'affaire *United States v. White*, précitée, à la p. 756: [TRADUCTION] «La surveillance électronique est le pire destructeur de la vie privée.» S'il est permis à l'État d'enregistrer et de transmettre arbitrairement nos communications privées, il devient dès lors impossible de trouver un juste équilibre entre le droit du particulier d'être laissé tranquille et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée dans la poursuite de ses objets, notamment la nécessité d'enquêter sur le crime et de le combattre.

Ce n'est pas nier qu'il est d'importance vitale pour les organismes chargés de l'application des lois d'être en mesure de recourir à la surveillance électronique dans leurs enquêtes sur le crime. La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais, pour les raisons déjà évoquées, il

cies of the state be free to use this technology at their sole discretion. The threat this would pose to privacy is wholly unacceptable.

It thus becomes necessary to strike a reasonable balance between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement. Parliament has attempted to do this by enacting Part IV.1 of the *Code*. An examination of Part IV.1 reveals that Parliament has sought to reconcile these competing interests by providing that the police must always seek prior judicial authorization before using electronic surveillance. Only a superior court judge can authorize electronic surveillance, and the legislative scheme sets a high standard for obtaining these authorizations. A judge must be satisfied that other investigative methods would fail, or have little likelihood of success, and that the granting of the authorization is in the best interest of the administration of justice. I share the approach of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette*, *supra*, at pp. 70 *et seq.*, that this latter prerequisite imports as a minimum requirement that the issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been, or is being, committed and that the authorization sought will afford evidence of that offence. It can, I think, be seen that the provisions and safeguards of Part IV.1 of the *Code* have been designed to prevent the agencies of the state from intercepting private communications on the basis of mere suspicion.

In proceeding in this fashion, Parliament has, in my view, succeeded in striking an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record our private communications to external restraint and requiring it to be justified by application of an objective criterion. The reason this represents an acceptable balance is that the imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to any citizen whose private communications have been

est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable.

^a D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur fédéral par l'adoption de la partie IV.1 du *Code*. À l'examen de la partie IV.1, on constate que le Parlement a essayé de concilier ces droits contradictoires en exigeant que la police obtienne une autorisation judiciaire avant de procéder à la surveillance électronique. Seul un juge d'une cour supérieure peut l'autoriser et la loi soumet l'obtention d'une telle autorisation à une norme sévère. En effet, le juge doit être convaincu que d'autres méthodes d'enquête échoueraient certainement ou vraisemblablement et que l'autorisation est le meilleur moyen de servir l'administration de la justice. Comme le juge Martin dans l'affaire *R. v. Finlay and Grellette*, précitée, aux pp. 70 et suiv., j'estime que cette dernière condition comporte tout au moins l'exigence que le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être et que l'autorisation sollicitée permettra d'obtenir une preuve de sa perpétration. Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la partie IV.1 du *Code* ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon.

^h Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont

intercepted. It becomes possible for the individual to call the state to account if he can establish that a given interception was not authorized in accordance with the requisite standard. If privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself, a reasonable expectation of privacy would seem to demand that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence.

This, it seems to me, flows inexorably from the principles enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. In that case, this Court (at p. 157) made the important point that the "assessment of the constitutionality of a search and seizure . . . must focus on its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective". Applying this standard, it is fair to conclude that if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them, to use the language of the *Code*.

By contrast to the general provisions on electronic surveillance, the *Code* places no restriction on participant surveillance. The police may employ this practice in their absolute discretion, against whom they wish and for whatever reasons they wish, without any limit as to place or duration.

été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue. Si la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant, il semblerait raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction.

À mon sens, cela découle inéluctablement des principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, où notre Cour (à la p. 157) fait l'observation importante que la «constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie . . . doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable». Quand on applique cette norme, il est juste de conclure que, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle l'auteur les destine, pour reprendre les termes du *Code*.

Contrairement aux dispositions générales visant la surveillance électronique, le *Code* n'impose aucune restriction à la surveillance participative. La police peut, à sa discrétion absolue, employer cette méthode contre qui elle veut et pour les raisons qu'elle veut, et ce, sans limite quant à

There is a total absence of prior judicial supervision of this practice.

I am unable to see any logic to this distinction between third party electronic surveillance and participant surveillance. The question whether unauthorized electronic surveillance of private communications violates a reasonable expectation of privacy cannot, in my view, turn on the location of the hidden microphone. Whether the microphone is hidden in the wall or concealed on the body of a participant to the conversation, the assessment whether the surreptitious recording trenches on a reasonable expectation of privacy must turn on whether the person whose words were recorded spoke in circumstances in which it was reasonable for that person to expect that his or her words would only be heard by the persons he or she was addressing. As I see it, where persons have reasonable grounds to believe their communications are private communications in the sense defined above, the unauthorized surreptitious electronic recording of those communications cannot fail to be perceived as an intrusion on a reasonable expectation of privacy.

The *Charter* standard just described must, in my view, apply on a uniform basis. To have any meaning, it must be taken to afford protection against the arbitrary recording of private communications every time we speak in the expectation that our words will only be heard by the person or persons to whom we direct our remarks. Section 8 of the *Charter* guarantees the right to be secure against unreasonable search or seizure. Our perception that we are protected against arbitrary interceptions of private communications ceases to have any real basis once it is accepted that the state is free to record private communications, without constraint, provided only that it has secured the agreement of one of the parties to the communication. Since we can never know if our listener is an informer, and since if he proves to be one, we are to be taken to be tacitly consenting to the risk that the state may be listening to and recording our conversations, we should be prepared to run this risk every time we speak. I conclude that the risk analysis relied on by the

l'endroit ni quant à la durée. Il n'existe aucun contrôle judiciaire préalable de cette pratique.

Je ne vois aucune logique dans cette distinction entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Déterminer si la surveillance électronique non autorisée de communications privées va à l'encontre d'une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut, selon moi, tenir à l'endroit où le microphone est caché. Que le microphone soit caché dans le mur ou sur la personne d'un interlocuteur, pour décider si l'enregistrement clandestin est attentatoire à la vie privée, il faut se demander si la personne dont les propos ont été enregistrés a parlé dans des circonstances où elle pouvait raisonnablement s'attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait. Selon moi, lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées au sens exposé ci-dessus, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications doit forcément être considéré comme la violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

Cette norme établie par la *Charte* doit, à mon avis, s'appliquer uniformément. Pour ne pas être vide de sens, elle doit s'interpréter comme offrant une protection contre l'enregistrement arbitraire de communications privées dans tous les cas où nous nous attendons à ce que nos propos ne soient entendus que par la personne ou les personnes auxquelles nous les destinons. L'article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires des communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Puisque nous ne pouvons jamais savoir si notre interlocuteur est un indicateur et que, s'il en est un, nous sommes réputés avoir accepté tacitement le risque que l'État écoute et enregistre nos conversations, nous devons être prêts à courir ce risque chaque fois que nous parlons. Je conclus donc que l'ana-

Court of Appeal, when taken to its logical conclusion, must destroy all expectations of privacy.

I am unable to see any similarity between the risk that someone will listen to one's words with the intention of repeating them and the risk involved when someone listens to them while simultaneously making a permanent electronic record of them. These risks are of a different order of magnitude. The one risk may, in the context of law enforcement, be viewed as a reasonable invasion of privacy, the other unreasonable. They involve different risks to the individual and the body politic. In other words, the law recognizes that we inherently have to bear the risk of the "tattletale" but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words.

The risk analysis relied on by the Court of Appeal fails to take due account of this key fact that our right under s. 8 of the *Charter* extends to a right to be free from unreasonable invasions of our right to privacy. The Court of Appeal was correct in stating that the expression of an idea and the assumption of the risk of disclosure are concomitant. However, it does not follow that, because in any conversation we run the risk that our interlocutor may in fact be bent on divulging our confidences, it is therefore constitutionally proper for the person to whom we speak to make a permanent electronic recording of that conversation. The *Charter*, it is accepted, proscribes the surreptitious recording by third parties of our private communications on the basis of mere suspicion alone. It would be strange indeed if, in the absence of a warrant requirement, instrumentalities of the state, through the medium of participant surveillance, were free to conduct just such random fishing expeditions in the hope of uncovering evidence of crime, or by the same token, to satisfy any curiosity they may have as to a person's views on any matter whatsoever.

lyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel aboutit logiquement à l'anéantissement de toute aspiration au respect de la vie privée.

^a Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. Ces risques ne sont pas du même ordre de grandeur. Dans le contexte de l'application des lois, l'un des risques peut être considéré comme une atteinte raisonnable à la vie privée, l'autre une atteinte abusive. Ils présentent pour les individus et la société des dangers différents. En d'autres termes, le droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le «rapporteur», mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos.

^e L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du fait essentiel que nos droits en vertu de l'art. 8 de la *Charte* comportent le droit de ne pas être assujettis à des violations abusives du droit au respect de notre vie privée. C'est avec raison que la Cour d'appel a dit que l'expression d'une idée et l'acceptation du risque de divulgation vont de pair. Cela ne veut cependant pas dire que si, dans n'importe quelle conversation, nous courons le risque que notre interlocuteur ait la ferme intention de trahir nos confidences, il n'y a en conséquence rien d'inconstitutionnel à ce que notre interlocuteur fasse un enregistrement électronique permanent de cette conversation. La *Charte*, personne ne le conteste, proscriit l'enregistrement clandestin de nos communications privées par des tiers sur la foi de simples soupçons. Il serait bien étrange qu'en l'absence de l'exigence d'un mandat, des agents de l'État soient libres de procéder précisément, par le moyen de la surveillance participative, à ce genre de recherches à l'aveuglette dans l'espoir de dénicher une preuve de la perpétration d'un crime ou, par la même occasion, de satisfaire leur curiosité quant aux opinions d'une personne sur un sujet quelconque.

In summary, the question whether to regulate participant surveillance cannot logically be made to turn on the expectations of individuals as to whether their interlocutor will betray their confidence. No justification for the arbitrary exercise of state power can be made to rest on the simple fact that persons often prove to be poor judges of whom to trust when divulging confidences or on the fact that the risk of divulgation is a given in the decision to speak to another human being. On the other hand, the question whether we should countenance participant surveillance has everything to do with the need to strike a fair balance between the right of the state to intrude on the private lives of its citizens and the right of those citizens to be left alone.

This is the manner in which the issue has been framed in the American appellate decisions that have rejected *United States v. White, supra*, in interpreting rights to privacy in state constitutions. The reasoning in these decisions, in my respectful view, provides a complete answer to the view that the risk posed by the divulgation of the informer, and that posed by letting the agents of the state, at their whim, surreptitiously record private communications to which they are privy, are risks of the same order. These decisions make an eloquent case in support of the proposition that unregulated participant surveillance cannot be reconciled with the right to be secure against unreasonable search and seizure.

State Appellate Decisions Rejecting *United States v. White*

I turn first to a decision of the Supreme Court of Alaska in *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (1978), in which the court, in interpreting that state's constitutional right to privacy, held that a person who engages in a private conversation is entitled to assume that his words will not be broadcast or recorded, absent his consent or the existence of a warrant. In reaching his decision, Boochever C.J. quoted at length from the dissenting judgment of Hufstedler J. in *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973). In the latter case, one Marburger had permitted his telephone conversation with Holmes

En résumé, la question de l'opportunité de réglementer la surveillance participative ne peut logiquement dépendre des attentes des particuliers quant à la possibilité que leur interlocuteur trahisse leur confiance. Aucune justification de l'exercice arbitraire du pouvoir de l'État ne peut reposer sur le simple fait que les gens sont souvent mauvais juges des personnes en qui ils peuvent avoir confiance ni sur le fait que le risque de divulgation existe dès lors qu'on décide de parler à un autre être humain. Par contre, la question de savoir si la surveillance participative devrait être tolérée touche directement la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit de l'État de s'ingérer dans la vie privée de ses citoyens et le droit de ces derniers d'être laissés tranquilles.

C'est en ces termes que la question a été posée par les juridictions américaines d'appel qui, dans l'interprétation du droit au respect de la vie privée garantie par les constitutions d'États, ont rejeté l'arrêt *United States v. White*, précité. J'estime, avec égards, que le raisonnement adopté dans ces arrêts fournit une réponse complète à l'argument selon lequel il n'y a aucune distinction à faire entre le risque de divulgation par un indicateur et le risque couru quand il est permis aux agents de l'État, à leur guise, d'enregistrer subrepticement des communications privées qui leur sont adressées. Les arrêts en question plaident éloquemment en faveur de la proposition selon laquelle la surveillance participative non réglementée est inconciliable avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Arrêts de juridictions d'appel rejetant l'arrêt *United States v. White*

Prenons d'abord l'arrêt *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (1978), dans lequel la Cour suprême de l'Alaska, interprétant le droit au respect de la vie privée garanti par la constitution de cet État, a statué que quiconque prend part à une conversation privée est en droit de supposer que ses propos ne seront ni diffusés ni enregistrés sans son consentement ou sans mandat. Dans ses motifs, le juge en chef Boochever a cité longuement l'opinion dissidente du juge Hufstedler dans *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973). Dans cette affaire, un certain Marburger avait autorisé l'enregistrement d'une

to be recorded. Hufstedler J., at pp. 71-72, makes the initial observation that it is aberrant to import the notion of risk in assessing the constitutionality of "participant" surveillance:

This doctrine, relied upon by the majority in the case at bench, is a hybrid of factual and fictitious elements and of individual and societal judgments. If Holmes knew that his conversation might be electronically intercepted by the government, or if warrantless electronic monitoring were so pervasive that he is chargeable with such knowledge, a factual foundation would exist for invoking the venerable assumption of the risk doctrine. However, if he did not know and if he had no reason to be aware of the risk, that doctrine is inapt. To say that a person "assumes the risk" of electronic surveillance, although he was rightfully oblivious to the risk, is to mislabel a newly created rule of law limiting the scope of the Fourth Amendment.

In a perceptive passage, Hufstedler J. goes on to point out, at p. 72, the fallacy of arguing that the risk of exposure by the "tattletale" and the risk of surreptitious recording are one and the same:

Repetition of conversations thought to be confidential is a known risk. However, the risk that one's trusted friend may be a gossip is of an entirely different order than a risk that the friend may be transmitting and recording every syllable. The latter risk is not yet rooted in common American experience, and it should not be thrust upon us: the differences between talking to a person enswathed in electronic equipment and one who is not are very real, and they cannot be reduced to insignificance by verbal legerdemain. All of us discuss topics and use expressions with one person that we would not undertake with another and that we would never broadcast to a crowd. Few of us would ever speak freely if we knew that all our words were being captured by machines for later release before an unknown and potentially hostile audience. No one talks to a recorder as he talks to a person. [Emphasis added.]

The Superior Court of Pennsylvania in *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (1987), has also held that warrantless electronic surveillance

conversation téléphonique qu'il avait eue avec Holmes. Le juge Hufstedler, aux pp. 71 et 72, fait remarquer au départ qu'il est aberrant d'introduire la notion de risque dans l'appréciation de la constitutionnalité de la surveillance «participative»:

[TRADUCTION] Ce principe, sur lequel s'est appuyée la majorité en l'espèce, est un hybride de faits et de fictions, de jugements individuels et de jugements collectifs. Si Holmes savait que le gouvernement pourrait intercepter sa conversation par des moyens électroniques ou si la surveillance électronique sans mandat était à ce point répandue que cette connaissance lui serait imputable, il existerait alors une base factuelle permettant d'invoquer le vénérable principe de l'acceptation du risque. Si toutefois il ne savait pas et s'il n'avait aucune raison d'être conscient du risque, ce principe ne s'applique pas. Dire qu'une personne «assume le risque» de la surveillance électronique, bien qu'elle soit à juste titre inconsciente du risque, c'est méconnaître une règle de droit nouvellement créée qui limite la portée du quatrième amendement.

Dans un passage pénétrant, le juge Hufstedler souligne ensuite, à la p. 72, jusqu'à quel point il est faux de prétendre que le risque de divulgation par le «rapporteur» et le risque d'enregistrement clandestin sont identiques:

[TRADUCTION] La possibilité que soient répétées des conversations que l'on croyaient confidentielles est un risque connu. Toutefois, le risque qu'un ami à qui l'on fait confiance soit bavard n'est pas du tout comparable au risque que cet ami transmette et enregistre chaque syllabe. Il s'agit dans ce dernier cas d'un risque qui n'est pas encore implanté dans la vie quotidienne des Américains et on ne devrait pas nous l'imposer; il y a une différence réelle entre s'entretenir avec une personne bardée de matériel électronique et une personne qui ne l'est pas et on ne saurait par des tours d'escamotage verbal la réduire à l'insignifiance. Il arrive à chacun de nous de discuter avec telle personne de certains sujets en certains termes qu'on n'aborderait ni n'utiliserait pas avec telle autre et qu'on n'envisagerait pas d'aller crier sur les toits. Peu d'entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain. [Je souligne.]

De plus, la Cour supérieure de la Pennsylvanie, dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (1987), a dit que la surveillance électro-

violates that state's constitutional right to be secure from unreasonable searches and seizures. Cirillo J., who also takes direct aim at the assumption of risk doctrine, points out, at p. 365, that it destroys our right to fix the limits of publicity we choose to give our remarks. He states:

A person committing his views "to the sight of his friends" knows he risks misjudging his friends, but he doesn't forfeit the right to determine in the first place to whom he will directly speak. The body bug destroys that right of self-determination, and if people in society come to believe the practice is widespread and done without probable cause, they may begin to fall silent on many occasions when previously they would have felt free to speak, confident in the belief that they could challenge the credibility or memory of the trusted colleague who would betray them.

In my view, the above remarks demonstrate the fallacy of the conclusion that the risk of being recorded is simply a variant of the risk of having one's words disclosed by the person to whom we speak. Surreptitious electronic recording annihilates the very important right to determine to whom we speak, i.e., the right to choose the range of our auditors. As pointed out by Cirillo J., at p. 365, in the case of participant surveillance, a speaker no longer has any choice whether to disclose his private thoughts to the government. Rather, he is compelled to do so. As he notes, at p. 365:

Every speaker knows and accepts as a "condition of human society" that his listener may go to the police, but he does not intend by speaking to give up the right to exclude the police from his home. But if the police are simultaneously recording every word, they are already there, in the home, uninvited, contrary to every reasonable expectation that most people in society still have.

Implicit in the arguments in support of "consent" surveillance, it seems to me, is the notion that a man has no one but himself to blame if he is confounded by his own words. Thus, if someone is imprudent enough to reveal his wrongdoing, it makes no sense that the law discard that evidence

nique sans mandat viole le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives conféré par la constitution de cet État. Le juge Cirillo qui, lui aussi, attaque de front le principe de l'acceptation du risque, fait remarquer, à la p. 365, que ce principe annihile le droit de fixer les limites de la publicité que nous choisissons de donner à nos propos. Le juge Cirillo affirme:

[TRADUCTION] Une personne qui exprime ses opinions «en présence de ses amis» sait qu'elle court le risque d'avoir porté sur eux un jugement erroné, mais elle a tout de même le droit de décider au départ à qui elle parlera directement. Or, le micro-émetteur de poche détruit ce droit à cette décision et, si les gens en venaient à la conclusion qu'il s'agit d'une pratique répandue qui n'est pas fondée sur un motif probable, ils pourraient commencer à se taire dans bien des situations où auparavant ils se seraient sentis libres de s'exprimer, confiants de pouvoir soulever des doutes quant à la crédibilité ou la mémoire de celui en qui ils avaient eu confiance et qui chercherait à les trahir.

À mon avis, le passage qui précède fait ressortir la fausseté de l'idée que le risque d'être enregistré n'est qu'une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de décider à qui parler, c.-à-d. le droit de choisir nos auditeurs. Comme le fait remarquer le juge Cirillo, à la p. 365, dans le cas de la surveillance participative, le locuteur n'est plus en mesure de choisir s'il divulguera ou non ses pensées privées au gouvernement. Il y est contraint. Voici ce qu'il dit, à la p. 365:

[TRADUCTION] Tout locuteur sait que son auditeur peut aller à la police et accepte cela comme «condition de la vie en société», mais il n'a certainement pas l'intention, en parlant, de renoncer au droit d'exclure la police de chez lui. Pourtant, si la police enregistre simultanément chaque parole, elle se trouve déjà chez lui, sans invitation, contrairement à toute attente raisonnable subsistant encore chez la plupart des membres de la société.

Les arguments en faveur de la surveillance «consensuelle» renferment implicitement, me semble-t-il, la notion qu'une personne dont les propres paroles se retournent contre elle ne peut s'en rendre qu'à elle-même. Ainsi, lorsqu'une personne a l'imprudence de révéler un méfait qu'elle a

just because the wrongdoer spoke into a microphone. There is a serious flaw in this argument. It rests on the assumption that the relevant inquiry is limited to the legitimate expectations of privacy of “criminals”. But, again, the real question raised by this appeal lies elsewhere. As put by the Massachusetts Supreme Court in *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (1981), at p. 258: “the relevant question is not whether criminals must bear the risk of warrantless surveillance, but whether it should be imposed on all members of society”.

In *Commonwealth v. Schaeffer*, *supra*, at p. 366, Cirillo J. concedes that there might be room for complicity were the sole effect of warrantless surveillance to compel criminals to engage in self-censorship. But inasmuch as the very premise of a warrantless procedure is that the police can engage in the practice at their sole discretion, any sanguinity in this matter is misplaced. Harlan J. in his dissent in *United States v. White*, *supra*, makes the point that the implications in allowing warrantless surveillance cannot be narrowly circumscribed. He stated, at p. 789:

... it is too easy to forget — and, hence, too often forgotten — that the issue here is whether to interpose a search warrant procedure between law enforcement agencies engaging in electronic eavesdropping and the public generally. By casting its “risk analysis” solely in terms of the expectations and risks that “wrongdoers” or “one contemplating illegal activities” ought to bear, the plurality opinion, I think, misses the mark entirely. *On Lee* does not simply mandate that criminals must daily run the risk of unknown eavesdroppers prying into their private affairs; it subjects each and every law-abiding member of society to that risk. [Emphasis added.]

Harlan J. went on to make the seminal observation that the imposition of a warrant requirement would have the sole effect of ensuring that police restrict “participant monitoring” to cases where

commis, il serait illogique qu’une règle de droit écarte cette preuve pour la simple raison que le malfaiteur a parlé dans un microphone. Cet argument présente une grave faille. Il repose en effet sur la supposition que la question se limite aux attentes légitimes de «criminels» en matière de respect de la vie privée. Mais, là encore, la vraie question soulevée par le présent pourvoi est tout autre. Comme le dit la Cour suprême du Massachusetts dans la décision *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (1981), à la p. 258: [TRADUCTION] «la question pertinente n’est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d’une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société».

Dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, précitée, à la p. 366, le juge Cirillo reconnaît qu’une certaine indulgence pourrait être tolérée si la surveillance sans mandat avait pour seul effet de contraindre les criminels à l’autocensure. Mais comme l’idée même d’une procédure sans mandat est de permettre à la police d’y avoir recours à sa seule discrétion, tout optimisme à cet égard est déplacé. Le juge Harlan, dissident dans l’affaire *United States v. White*, précitée, souligne qu’on ne peut circonscrire dans des limites étroites les conséquences de l’autorisation de la surveillance sans mandat. Il affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] . . . il est trop facile d’oublier — et on oublie donc trop souvent — que la question est celle de l’opportunité d’interposer, entre le grand public et les organismes chargés de l’application des lois qui se livrent à l’écoute électronique, une procédure nécessitant l’obtention d’un mandat. En formulant son «analyse fondée sur le risque» de manière à tenir uniquement compte des attentes des «malfaiteurs» ou de «ceux qui envisagent de commettre des actes illégaux» et des risques qu’ils devraient supporter, les juges formant la majorité ont perdu de vue le point essentiel. La décision *On Lee* ne fait pas qu’obliger les criminels à courir chaque jour le risque que des inconnus s’immiscent clandestinement dans leurs affaires privées; elle soumet à ce risque chaque citoyen respectueux des lois. [Je souligne.]

Le juge Harlan poursuit en faisant la remarque éminemment juste qu’imposer l’exigence de l’obtention d’un mandat aurait pour seul effet d’obliger la police à limiter la «surveillance participa-

they can show probable cause for a warrant. It is unclear to me how compelling the police to restrict this practice to instances where they have convinced a detached judicial officer of its necessity would hamper the police's ability effectively to combat crime. But even if this were so, this restriction would be justified by the knowledge that the police would no longer have the right "to train these powerful eavesdropping devices on you, me, and other law-abiding citizens as well as the criminal element", to cite the observation of Cirillo J. in *Commonwealth v. Schaeffer, supra*, at p. 367. The appellant put the matter trenchantly in his factum:

A warrant requirement simply ensures that when the undercover agent goes in with the potential to make a permanent, electronic record of the conversation that takes place, it will be one that should be recorded (a proposed drug sale), as opposed to one that should not (the suspect's sex life or his views of the government).

In summary, I think, with respect, that Cory J.A. fails to give due weight to the policy implications of allowing the police to conduct warrantless surveillance when he states, at p. 394, that "it is only those whose conversations are concerned with various illegal activities who will be seriously concerned about the possibility of their remarks being recorded". On the contrary, the decision whether to allow or disallow this practice is fraught with the gravest of implications. To countenance this practice would not strike only at the expectations of privacy of criminals and those concerned with wrongdoing. Rather, it would undermine the expectations of privacy of all those who set store on the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. And it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:

tive» aux cas où elle peut démontrer l'existence de raisons plausibles d'obtenir un mandat. Je vois mal en quoi la capacité de la police de combattre efficacement le crime serait diminuée si elle était tenue de limiter le recours à cette pratique aux situations dans lesquelles elle peut convaincre un officier de justice impartial de sa nécessité. Même à supposer que ce soit le cas, la restriction se justifierait par la certitude que la police n'aurait plus le droit [TRADUCTION] «de braquer ces puissants appareils d'écoute sur vous et moi et sur d'autres citoyens respectueux des lois en même temps que sur l'élément criminel», pour reprendre les propos du juge Cirillo dans *Commonwealth v. Schaeffer*, précité, à la p. 367. L'appellant l'exprime d'une façon percutante dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'exigence d'un mandat est simplement un moyen de s'assurer que, quand un agent d'infiltration se trouve dans une situation où il pourrait faire un enregistrement électronique permanent, c'est une conversation qui devrait être enregistrée. (un projet de vente de stupéfiants), par opposition à une conversation qui ne le devrait pas (la vie sexuelle du suspect ou ses opinions politiques).

En résumé, lorsque le juge Cory de la Cour d'appel affirme, à la p. 394, que [TRADUCTION] «ce ne sont que ceux dont les conversations portent sur diverses activités illégales qui seront vraiment inquiétés par la possibilité que leurs dires soient enregistrés», il ne donne pas suffisamment de poids, à mon avis, aux répercussions en termes de principe à la faculté donnée à la police de faire de la surveillance sans mandat. Au contraire, la décision d'autoriser ou d'interdire cette pratique comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels et les personnes impliquées dans des activités illicites. Elle minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est d'ailleurs reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:

It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

If this Court is to give its *imprimatur* to the practice of warrantless electronic surveillance, the words of Harlan J., dissenting in *United States v. White*, *supra*, at pp. 787-89, may fairly be said to apply:

Authority is hardly required to support the proposition that words would be measured a good deal more carefully and communication inhibited if one suspected his conversations were being transmitted and transcribed. Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity - reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse - that liberates daily life. Much off-hand exchange is easily forgotten and one may count on the obscurity of his remarks, protected by the very fact of a limited audience, and the likelihood that the listener will either overlook or forget what is said, as well as the listener's inability to reformulate a conversation without having to contend with a documented record. All these values are sacrificed by a rule of law that permits official monitoring of private discourse limited only by the need to locate a willing assistant. [Emphasis added.]

The Undermining of Part IV.1 of the Code

The appellant raises the additional point that dispensing the police from the requirement to seek a warrant for conducting participant surveillance effectively allows the police to do indirectly what Part IV.1 of the *Code* prohibits them from doing directly. Faced with the choice of having to seek a warrant, and being able to proceed without one, it can reasonably be expected that they will, circumstances permitting, elect to proceed without one.

Here, the police, acting without any judicial authorization, wired an apartment for a period of some two years, installed listening devices in another location, and employed an automobile location beeper. In circumstances such as these, where the police have evidence of a conspiracy and have elicited the services of an informer, can there be any compelling reason to suggest that the interests of justice would not be better served by requir-

[TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

^a Si notre Cour devait donner son aval à la surveillance électronique sans mandat, il serait juste de dire que les propos tenus par le juge Harlan, dissident, dans l'affaire *United States v. White*, précitée, aux pp. 787 à 789, s'appliqueraient:

[TRADUCTION] C'est l'évidence même que l'on pèserait bien davantage ses mots et que la communication en serait gênée si l'on soupçonnait que les conversations étaient transmises et transcrites. Si l'écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité — reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants — qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne. Bien des choses qui se disent au hasard d'une conversation s'oublie vite et chacun compte sur l'obscurité de ses remarques, protégée par le fait même de son auditoire restreint, par la probabilité que son auditeur oubliera ce qui a été dit ou n'en tiendra pas compte, ainsi que par l'incapacité de l'auditeur de reconstituer une conversation sans pouvoir se reporter à des notes écrites. Toutes ces valeurs seraient sacrifiées par une règle de droit permettant aux autorités d'écouter des conversations privées sans autre restriction que celle d'avoir à trouver une personne disposée à les aider. [Je souligne.]

^f

L'affaiblissement de la partie IV.1 du Code

L'appelant fait valoir en outre que dégager la police de l'obligation de demander un mandat autorisant la surveillance participative, c'est lui permettre de faire indirectement ce que la partie IV.1 du *Code* lui interdit de faire directement. S'il s'agit d'un choix entre demander un mandat et procéder sans mandat, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la police décide, si les circonstances le permettent, d'agir sans mandat.

En l'espèce, la police, agissant sans autorisation judiciaire, a installé un système de surveillance dans un appartement, l'y a laissé pendant environ deux ans, a installé des appareils d'écoute dans un autre endroit et s'est servie d'une balise de localisation d'automobile. Dans de telles circonstances, quand la police dispose de preuves de l'existence d'un complot et a recours aux services d'un indicateur, peut-il y avoir une raison impérieuse de

ing the police to attend before a superior court judge to obtain an authorization as opposed to letting the police be the sole arbiters of the scope of the investigation and its duration?

It is worth noting, in this regard, the basis for the conclusion of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette*, *supra*, that Part IV.1 of the *Code* is constitutional. While he was ready to accept that the interception of private communications does constitute a search and seizure within the meaning of those terms as they are used in the *Charter*, he concluded that such searches and seizures, when authorized in accordance with the requirements of Part IV.1 of the *Code*, would ordinarily be reasonable precisely and solely because the provisions and safeguards of Part IV.1 preclude the police from embarking on fishing expeditions in the hope of uncovering evidence of crime.

With regard to these safeguards it is worth remembering that Part IV.1 of the *Code*:

- (a) stipulates that authorizations for electronic surveillance are only to be given on a showing that there is no real practical alternative (s. 178.13(1)); in other words, as put by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, at p. 185: "... it is treated as a last resort investigative mechanism", and can only be obtained for investigation of the most serious offences in the *Code* (s. 178.1);
- (b) sets strict time limits on authorizations (s. 178.13(2)(e));
- (c) prescribes that a judge may include any conditions and restrictions that he considers advisable in the public interest;
- (d) authorizes renewals only on a showing of cause and a detailing of all interceptions made prior to the request for the authorization and the number of previous authorizations;

penser que les intérêts de la justice ne seraient pas mieux servis si la police était tenue de comparaître devant un juge de cour supérieure pour obtenir une autorisation, que s'il était permis à la police d'être seule à décider de l'étendue et de la durée de l'enquête?

Il convient de rappeler à ce propos le fondement de la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, selon lequel la partie IV.1 du *Code* est constitutionnelle. Bien que disposé à admettre que l'interception de communications privées constitue une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de ces termes dans la *Charte*, il a conclu que de telles fouilles, perquisitions et saisies, lorsqu'elles sont autorisées conformément aux exigences de la partie IV.1 du *Code*, seront d'ordinaire raisonnables, précisément et uniquement parce que les dispositions et les sauvegardes de la partie IV.1 empêchent la police de procéder à des recherches à l'aveuglette dans l'espoir de découvrir la preuve de la perpétration d'un crime.

En ce qui concerne ces sauvegardes, rappelons que la partie IV.1 du *Code*:

- a) porte que l'autorisation de procéder à la surveillance électronique ne doit être accordée que si l'on démontre qu'il n'existe en réalité aucun autre moyen pratique (par. 178.13(1)); en d'autres termes, comme le dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, à la p. 185: [TRADUCTION] «... elle est traitée comme une méthode d'enquête de dernier recours» et ne peut être obtenue qu'aux fins d'enquêtes sur les infractions les plus graves au *Code* (art. 178.1);
- b) limite strictement la durée des autorisations (al. 178.13(2)e);
- c) dit qu'un juge peut soumettre une autorisation aux conditions et aux restrictions qu'il estime opportunes dans l'intérêt public;
- d) autorise les renouvellements seulement si la justification en est démontrée et que des détails sont fournis concernant toutes les interceptions effectuées antérieurement à la demande d'autorisation et le nombre d'autorisations antérieures;

- (e) mandates that notification be given to the person whose communications have been intercepted (s. 178.23(1));
- (f) requires the Solicitor General of Canada to prepare a comprehensive report on all electronic surveillance conducted pursuant to authorizations (s. 178.22(1));
- (g) engages the responsibility of the Attorney General of the province in which the application is sought, or of the Solicitor General (or duly appointed agents) (s. 178.12(1)); and
- (h) provides that authorizations may only issue on the order of a superior court judge (s. 178.12(1)).
- e) prescrit qu'avis doit être donné à la personne dont les communications ont été interceptées (par. 178.23(1));
- f) exige que le solliciteur général du Canada établisse un rapport complet sur tous les cas de surveillance électronique effectuée en vertu d'autorisations (par. 178.22(1));
- g) engage la responsabilité du procureur général de la province dans laquelle la demande est présentée ou du solliciteur général (ou de mandataires dûment nommés) (par. 178.12(1)); et
- h) prévoit qu'une autorisation ne peut être accordée que par l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure (par. 178.12(1)).

If the constitutionality of Part IV.1 of the *Code* is predicated on the numerous safeguards designed to prevent the possibility that the police view recourse to electronic surveillance as a humdrum and routine administrative matter, it would seem anomalous that participant surveillance, which leaves to the sole discretion of the police all the conditions under which conversations are intercepted, should be held to meet the definition of "reasonable" in the context of s. 8 of the *Charter*. I think that the appellant makes a good point when he submits that the large-scale police investigative activity using participant surveillance for monitoring and recording private conversations effectively by-passes any judicial consideration of the entire police procedures and thereby makes irrelevant the entire scheme in Part IV.1 of the *Code*.

As was put by Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, at p. 70:

Authorizing such a serious intrusion on the individual's reasonable expectation of privacy as the interception of his private communications on the basis of mere suspicion would not *further* the interests of the administration of justice, but would bring it into disrepute.

Section 1 Justification

It is necessary to make only brief mention of possible justification under s. 1 of the police action in this case. The question whether participant surveillance constitutes a reasonable limit on the right to be secure against unreasonable search or seizure takes one back to the point that the appel-

Si la constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative banale et de pure routine, il semble aberrant que la surveillance participative, qui laisse à la seule discrétion de la police toutes les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations, soit jugée conforme à la définition de «raisonnable» dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Je crois que l'appelant fait une observation juste lorsqu'il dit que le recours par la police à des enquêtes de grande envergure comportant l'utilisation de la surveillance participative pour l'écoute et l'enregistrement de conversations privées lui permet en fait d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien que l'ensemble du régime créé par la partie IV.1 du *Code* devient lettre morte.

Comme le dit le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, à la p. 70:

[TRANSLATION] Permettre que l'attente raisonnable d'un particulier en matière de respect de sa vie privée subisse une violation aussi grave que l'interception de ses communications privées sur la foi d'un simple soupçon, loin de *favoriser* l'administration de la justice, la *déconsidérerait*.

Justification en vertu de l'article premier

Il suffit de mentionner brièvement une justification possible, aux termes de l'article premier, des actes de la police en l'espèce. La question de savoir si la surveillance participative est une limite raisonnable imposée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives,

lant is in no way arguing that the police should be denied the right to use informers or to intercept communications themselves once they have gained the confidence of a suspect. The sole thrust of his argument is that judicial supervision of the practice should exist, just as it exists in the case of third party surveillance. In a word, there is no justification for warrantless searches once it is accepted that the police could employ the same investigatory tool with or without a warrant. This simple fact (and I find no argument by the respondent refuting the notion that the police could have attended before a judge to secure an authorization for participant surveillance) destroys, in my view, any argument that participant surveillance can be upheld as a reasonable limit to the right to be secure from unreasonable search and seizure.

To conclude, the *Charter* is not meant to protect us against a poor choice of friends. If our "friend" turns out to be an informer, and we are convicted on the strength of his testimony, that may be unfortunate for us. But the *Charter* is meant to guarantee the right to be secure against unreasonable search and seizure. A conversation with an informer does not amount to a search and seizure within the meaning of the *Charter*. Surreptitious electronic interception and recording of a private communication does. Such recording, moreover, should be viewed as a search and seizure in all circumstances save where all parties to the conversation have expressly consented to its being recorded. Accordingly the constitutionality of "participant surveillance" should fall to be determined by application of the same standard as that employed in third party surveillance, i.e., by application of the standard of reasonableness enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. By application of that standard, the warrantless participant surveillance engaged in by the police here was clearly unconstitutional.

nous ramène au fait que l'appelant ne prétend nullement qu'il faudrait priver les policiers du droit d'avoir recours à des indicateurs ou d'intercepter eux-mêmes des communications dès lors qu'ils ont gagné la confiance d'un suspect. Il fait uniquement valoir qu'il devrait y avoir un contrôle judiciaire de cette pratique, comme il y en a dans le cas de la surveillance par un tiers. En un mot, il n'y a pas de justification pour les fouilles et les perquisitions sans mandat dès lors qu'il est admis que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat. Ce simple fait (et je constate que l'intimée n'a avancé aucun argument réfutant la notion que la police aurait pu comparaître devant un juge pour obtenir une autorisation de surveillance participative) détruit, à mon avis, l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable apportée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Pour conclure, la *Charte* n'est pas destinée à nous protéger si nous choisissons mal nos amis. S'il s'avère que notre «ami» est un indicateur et que nous sommes reconnus coupables sur la foi de son témoignage, c'est peut-être malheureux pour nous. Mais la *Charte* a pour objet de garantir le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Une conversation avec un indicateur n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la *Charte*. Toutefois l'interception et l'enregistrement électroniques clandestins d'une communication privée en sont. De plus, l'enregistrement devrait être considéré comme une fouille, une perquisition ou une saisie dans toutes les circonstances, à moins que tous les participants à la conversation n'aient expressément consenti à ce qu'elle soit enregistrée. Il s'ensuit que la constitutionnalité de la surveillance participative devrait se décider par l'application de la même norme que dans le cas de la surveillance par un tiers, c.-à-d. par l'application de la norme du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Quand on applique cette norme, la surveillance participative sans mandat faite par la police en l'espèce était manifestement inconstitutionnelle.

Admissibility in Evidence

The next question is whether the communication in this case may be admitted into evidence. Section 178.16(1) of the *Code* deals with admissibility as follows:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

That provision, it should be noted, does not make a communication admissible. If it is admissible, that is by virtue of the common law. What the provision does is to make such communication inadmissible unless its interception was (a) lawfully made, or (b) made with the consent of one of the parties to the communication. I shall deal with the second condition first. That condition was clearly met. Consent was given prior to the communication and however unreasonable reliance on such consent may have been for the purposes of *Charter* review, the communication is not inadmissible under s. 178.16(1)(b).

The first condition poses more difficulty. Since the interception here was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it might well be argued that it was not lawfully made for the purposes of s. 178.16(1). But I do not think the provision can be so read because what makes the interception unreasonable is the activity excepted from the application by s. 178.16(1)(b). Section 178.16(1)(a), therefore, appears to relate to other unlawfulness and, in particular, an interception that violates the prohibition in s. 178.11(2) which, we saw, does not apply to the interception in question here. The communication then is not made inadmissible by s. 178.16(1). It would thus appear admissible as relevant evidence.

Admissibilité en preuve

Cela nous amène à la question de savoir si la communication en cause peut être admise en preuve. Le paragraphe 178.16(1) du *Code criminel* traite de l'admissibilité en les termes suivants:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Cette disposition, soulignons-le, ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la common law. La disposition rend irrecevable ce type de communication, sauf si elle a été interceptée a) légalement ou b) avec le consentement de l'un des participants. Prenons d'abord la seconde condition. Celle-ci a clairement été remplie. En effet, le consentement a été donné avant la communication et même si, aux fins d'un examen en vertu de la *Charte*, il était déraisonnable de s'appuyer sur un tel consentement la communication n'est pas inadmissible aux termes de l'al. 178.16(1)b).

La première condition soulève plus de difficultés. Puisque l'interception en cause était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*, on pourrait bien soutenir qu'elle n'a pas été faite légalement aux fins du par. 178.16(1). Je ne crois pas toutefois que cette disposition admette une telle interprétation parce que ce qui a rendu l'interception abusive, c'est un acte visé par l'exception prévue à l'al. 178.16(1)b). L'alinéa 178.16(1)a) paraît en conséquence envisager d'autres types d'illégalité, notamment celle d'une interception qui violerait l'interdiction énoncée au par. 178.11(2), lequel, nous l'avons vu, ne s'applique pas à l'interception dont il s'agit en l'espèce. La communication en cause n'est donc pas rendue irrecevable par l'effet du par. 178.16(1). Elle semble donc pouvoir être admise à titre de preuve pertinente.

That being so, one must consider the question of the admissibility of the communication under s. 24(2) of the *Charter*. That provision provides that evidence that was obtained in a manner that infringed or denied any right or freedom guaranteed under the *Charter* shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. dealt with the manner in which s. 24(2) must be approached. The first point to observe is that the onus is on the person who seeks the exclusion of evidence to establish that its admission would bring the administration of justice into disrepute. Lamer J., at pp. 283-84, set forth many of the factors to be considered, namely:

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

Of cardinal importance in assessing these factors is the fairness of the process, and, in particular, its impact on the fairness of the trial. Undoubtedly, the breach infringed upon an important *Charter* right, and the evidence could have been obtained without breaching the *Charter*. But what strikes one here is that the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law — as it had been for many years before the advent of the *Charter*. The rea-

Cela étant, nous devons examiner la question de l'admissibilité de la communication en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ce paragraphe prévoit que des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* doivent être écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer traite de la façon d'aborder le par. 24(2). Le premier point à faire ressortir est qu'il incombe à la personne qui cherche à obtenir l'exclusion d'éléments de preuve d'établir que leur utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Aux pages 283 et 284, le juge Lamer énumère plusieurs facteurs à prendre en considération, savoir:

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

Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès revêtent une importance capitale. Il ne fait pas de doute que la violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* et que les éléments de preuve auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*. Mais ce qui frappe en l'espèce, c'est le fait que la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante. Les agents de police ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de

sonableness of their action is underscored by the seriousness of the offence. They had reasonable and probable cause to believe the offence had been committed, and had they properly understood the law, they could have obtained an authorization under the *Code* to intercept the communication. Indeed, they could have proceeded without resorting to electronic surveillance and relied solely on the evidence of the undercover officer or the informer. In short, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. Under these circumstances, I hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Disposition

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

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 178.11(2)(a) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8.

2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It is not necessary to answer this question.

droit applicable — celle qui avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le caractère raisonnable de leur acte est renforcé encore par la gravité de l'infraction. Ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et s'ils avaient bien compris la règle de droit, ils auraient pu obtenir conformément au *Code* l'autorisation d'intercepter la communication. De fait, ils auraient pu procéder sans recourir à la surveillance électronique et s'appuyer exclusivement sur le témoignage de l'agent d'infiltration ou de l'indicateur. Bref, la violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l'accusé soit reconnu coupable. Dans ces circonstances, je conclus que l'appellant n'a pas établi que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

Dispositif

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

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8.

2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—My colleague, Justice La Forest, has set out the facts, the law, the judgments below and the positions of the parties before this Court. I am of the view that this appeal fails. I have read the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario, written by Cory J.A., as he then was. I am in complete agreement with those reasons and I feel I cannot improve upon them. They are conveniently reported at (1987), 60 C.R. (3d) 142, 38 C.C.C. (3d) 1.

Consequently, I need not address the issue as to whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the Criminal Code, does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the Charter, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

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

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Mon collègue le juge La Forest a énoncé les faits, le droit, les jugements des juridictions inférieures et les arguments présentés par les parties devant notre Cour. À mon avis, le pourvoi doit échouer. J'ai lu le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, rédigé par le juge Cory (maintenant de notre Cour). Je suis entièrement d'accord avec ses motifs et j'estime n'avoir rien à y ajouter. Ces motifs sont publiés au (1987), 60 C.R. (3d) 142, 38 C.C.C. (3d) 1.

Par conséquent, je n'ai pas besoin de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du Code criminel ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

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

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

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

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

Lewis Anthony Wiggins Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. WIGGINS

File No.: 20993.

1989: October 5; 1990: January 25.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

Criminal law — Electronic surveillance — Authorizations — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

The appellant was the owner of a vessel alleged to have been used by him to carry out a scheme to import narcotics into Canada. He contacted a person who, unknown to him, was a police informer, and asked him if

Lewis Anthony Wiggins Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. WIGGINS

N° du greffe: 20993.

1989: 5 octobre; 1990: 25 janvier.

b

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

c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)(a) ou 178.16(1)(b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)(a) ou 178.16(1)(b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Surveillance électronique — Autorisations — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'un ou l'autre des art. 178.11(2)(a) ou 178.16(1)(b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

L'appellant était propriétaire d'un bateau qu'on l'accuse d'avoir utilisé pour la réalisation d'un projet d'importation de stupéfiants au Canada. Il est entré en contact avec une personne qui était un indicateur, ce que

he would like to invest in the scheme. The informer had further conversations with the appellant while wearing a "body pack" which transmitted the conversations to the police who simultaneously recorded them. In one taped conversation, the appellant told the informer how the narcotics were obtained, transported and hidden upon his reaching British Columbia. The police conducted searches of the appellant's vessel but found no narcotics and no evidence to support the appellant's detailed account of the scheme. Appellant was convicted of conspiring to import a narcotic contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*. The British Columbia Court of Appeal dismissed appellant's appeal.

This appeal was primarily concerned with the protection accorded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against electronic recording of the conversations of individuals with the police and informers in the absence of judicial authorization. Four constitutional questions were stated. The first and third queried whether or not s. 178.11(2)(a) and s. 178.16(1)(b) infringed s. 8 of the *Charter* and the second and fourth queried whether such infringement, if found, was justifiable under s. 1 of the *Charter*. A number of subsidiary issues were raised: (1) whether the Court of Appeal properly refused to allow the introduction of fresh evidence; (2) whether the trial judge should have put the defence theory to the jury; and, (3) whether certain evidence was admissible.

Held: The appeal should be dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. Section 178.16(1)(b) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*. It was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin J.J. For the reasons given in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, the participant electronic surveillance conducted here by the police and their informer infringed the right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* and was not saved by s. 1 of the *Charter*. The appellant did not discharge the onus of establishing that the admission of the recordings of the

l'appelant ne savait pas, et lui a demandé s'il voulait investir dans le projet. L'indicateur a eu avec l'appelant d'autres entretiens au cours desquels il était muni d'un «micro-émetteur de poche» qui transmettait les conversations à la police qui les enregistrait. Dans une conversation enregistrée, l'appelant a dit à l'indicateur comment les stupéfiants étaient obtenus, transportés et cachés à leur arrivée en Colombie-Britannique. La police a perquisitionné le bateau de l'appelant, mais n'y a découvert ni stupéfiants ni éléments de preuve confirmant l'exposé détaillé concernant le projet. L'appelant a été déclaré coupable d'avoir comploté d'importer un stupéfiant en contravention de l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de l'appelant.

La question principale en l'espèce porte sur la protection qu'accorde l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement électronique de conversations de particuliers avec des policiers et avec des indicateurs, sans autorisation judiciaire. Quatre questions constitutionnelles ont été formulées. La première et la troisième demandent si l'al. 178.11(2)a) et l'al. 178.16(1)b) violent l'art. 8 de la *Charte*, et la deuxième et la quatrième si, le cas échéant, cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un certain nombre de questions subsidiaires ont été soulevées: (1) La Cour d'appel a-t-elle eu raison de refuser l'introduction de nouvelles preuves? (2) Le juge du procès aurait-il dû présenter la théorie de la défense au jury? (3) Certains éléments de preuve étaient-ils admissibles?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. L'alinéa 178.16(1)b) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Pour les raisons exposées dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, la surveillance électronique participative menée en l'espèce par la police et leur indicateur violait le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte*. L'appelant ne s'est pas acquitté de l'obligation

intercepted communications would bring the administration of justice into disrepute. The evidence, therefore, needed not be excluded.

The Court of Appeal correctly dealt with the subsidiary issues.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons given in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Sanelli* (1987), 60 C.R. (3d) 142.

By Lamer J.

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b), 423(1)(d).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 42 C.C.C. (3d) 303, dismissing an appeal from a conviction by Dohm J. Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. Section 178.16(1)(b) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*. It was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

Peter Alexander Hart and Ross Laurence Senior, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

qui lui incombait d'établir que l'utilisation des enregistrements des communications interceptées serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il n'était donc pas nécessaire d'écarter la preuve.

^a La Cour d'appel a correctement tranché les questions subsidiaires.

Le juge Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les raisons exposées dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

^b

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

^c **Arrêts appliqués:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés:** *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. v. Sanelli* (1987), 60 C.R. (3d) 142.

^d Citée par le juge Lamer

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30.

Lois et règlements cités

^e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b), 423(1)(d).

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 42 C.C.C. (3d) 303, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dohm. Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)(a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. L'alinéa 178.16(1)(b) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

^j *Peter Alexander Hart et Ross Laurence Senior*, pour l'appellant.

S. David Frankel, c.r., pour l'intimée.

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

LA FOREST J.—Though there are subsidiary issues, the principal issue in this appeal is the same as that raised in the companion case of *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. In short, this appeal is concerned with the protection accorded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against electronic recording of the conversations of individuals with the police and informers in the absence of judicial authorization.

Facts

The appellant, Lewis Anthony Wiggins, was the owner of a vessel, the *Beaufort Spirit*, which the Crown alleged was used by him in the execution of a scheme for the importation of narcotics into Canada. Evidence at trial showed that the appellant had contacted a person by the name of Mr. Seed, who, unknown to the appellant, was a police informer, and asked him if he would like to invest in the scheme. The informer told police about this conversation and, at their request, had further conversations with the appellant while wearing a “body pack”, i.e., an electromagnetic transmitter, which transmitted the conversations to the police who simultaneously recorded them. The informer was given “seed money” by the police which he, in turn, gave to the appellant as an “investment” in the scheme. In one taped conversation, the appellant told the informer how the narcotics were obtained, that they were welded into the hull of the vessel, and how they were transported and hidden upon his reaching British Columbia. The police conducted searches of the appellant’s vessel but found no narcotics and no evidence to support the appellant’s detailed account of how the narcotics had been hidden in British Columbia.

At the conclusion of the trial, counsel for the appellant explained to the jury the defence theory that the appellant was lying to the informer about the narcotics being welded into the hull of the vessel and about the manner in which it had been hidden. The appellant did not testify. The trial

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

LE JUGE LA FOREST—Bien qu’il y ait des questions subsidiaires, la question principale dans ce pourvoi est identique à celle de l’affaire connexe *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. En bref, le présent pourvoi concerne la protection qu’accorde l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l’enregistrement électronique de conversations de particuliers avec des policiers et avec des indicateurs, sans autorisation judiciaire.

Les faits

L’appellant, Lewis Anthony Wiggins, était propriétaire d’un bateau, le *Beaufort Spirit*, que le ministère public l’accuse d’avoir utilisé pour la réalisation d’un projet d’importation de stupéfiants au Canada. Il ressort de la preuve produite au procès que l’appellant est entré en contact avec un certain Seed qui était un indicateur, ce que l’appellant ne savait pas, et lui a demandé s’il voulait investir dans le projet. L’indicateur a informé la police de cette conversation et, à la demande de la police, a eu avec l’appellant d’autres entretiens au cours desquels il était muni d’un «micro-émetteur de poche», c.-à-d. un émetteur électromagnétique qui transmettait les conversations à la police qui les enregistrait. L’indicateur a reçu de la police des «capitiaux d’amorçage» qu’il a donnés à l’appellant à titre d’investissement dans le projet. Dans une conversation enregistrée, l’appellant a dit à l’indicateur comment les stupéfiants avaient été obtenus, comment ils étaient soudés dans la coque du bateau et comment ils étaient transportés et cachés à leur arrivée en Colombie-Britannique. La police a perquisitionné le bateau de l’appellant mais n’y a découvert ni stupéfiants ni éléments de preuve confirmant l’exposé détaillé fait par l’appellant de la manière dont les stupéfiants avaient été cachés en Colombie-Britannique.

À l’issue du procès, l’avocat de l’appellant a présenté au jury la théorie de la défense, selon laquelle l’appellant avait menti à l’indicateur quand il lui avait expliqué que les stupéfiants avaient été soudés dans la coque du bateau et comment ils avaient été cachés. L’appellant n’a pas témoigné.

judge gave his charge to the jury on the same day the defence made its submissions. He indicated that he would not repeat the theories of the parties as they had been well covered by the parties' counsel. The appellant was convicted of conspiring to import a narcotic contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The appellant then appealed to the British Columbia Court of Appeal. He first sought to introduce fresh evidence, but this request was refused on the basis of the principles enunciated in *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

The appellant's various grounds of appeal were similarly rejected. The first — that the trial judge erred in failing to put the theory of the defence to the jury — failed because the court found this to be one of those rare cases recognized in *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, where it was not necessary for the judge to do so. The second issue — whether the trial judge erred in admitting the appellant's passport into evidence on the ground that a passport deposited with the police under the terms of his judicial interim release does not become available as evidence — was disposed of on the simple ground that it was too late to raise the objection.

The third ground of appeal was that the appellant's privacy was invaded by the recording of his conversations with the informer. The court cited with approval the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Sanelli* (1987), 60 C.R. (3d) 142, in which it was held that s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* did not contravene s. 8 of the *Charter* and that there was no "reasonable expectation of privacy in the course of a conversation where one party to it has consented to it being intercepted and recorded". The court noted that the law does not require that "when the police are aware that someone is about to divulge a private matter to another they must seek judicial authorization before that other person may listen to what

Le juge du procès a fait son exposé au jury le jour même où la défense avait présenté sa thèse. Le juge a dit qu'il ne répéterait pas les théories des parties puisque leurs avocats les avaient déjà bien exposées. L'appellant a été déclaré coupable d'avoir comploté d'importer un stupéfiant en contravention de l'al. 423(1)d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

L'appellant a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il a d'abord tenté de faire admettre de nouveaux éléments de preuve mais la demande à cet effet a été rejetée sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Les divers moyens d'appel de l'appellant ont également été rejetés. Le premier de ceux-ci, selon lequel le juge du procès avait commis une erreur en ne présentant pas la théorie de la défense au jury, a été écarté parce que la cour a décidé qu'il s'agissait en l'espèce d'un de ces rares cas, reconnus dans l'arrêt *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, où il n'est pas nécessaire que le juge le fasse. Le deuxième — selon lequel le juge du procès avait eu tort d'admettre en preuve le passeport de l'appellant puisqu'un passeport déposé auprès de la police conformément aux conditions de la mise en liberté judiciaire provisoire ne peut servir d'élément de preuve — a été rejeté par la cour pour le simple motif qu'il était trop tard pour soulever cette objection.

Le troisième moyen d'appel était que l'enregistrement de ses conversations avec l'indicateur était une atteinte à la vie privée de l'appellant. La cour a cité et approuvé l'arrêt *R. v. Sanelli* (1987), 60 C.R. (3d) 142, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario statue que l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel* ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* et qu' [TRADUCTION] «il n'existe aucune attente raisonnable de respect de la vie privée dans le cas d'une conversation à laquelle prend part une personne qui a consenti à ce qu'elle soit interceptée et enregistrée». Aucune règle de droit, a souligné la cour, ne dit que [TRADUCTION] «lorsque la police sait que quelqu'un est sur le point de révéler un renseignement privé à une autre personne, elle doit

is said or secretly record what is said". The court also rejected this ground of appeal.

On the appeal to this Court, the same issues were raised but the appellant in addition argued that the Crown had suppressed evidence of the vessel's stability information booklet which, it was alleged, would support the appellant's case.

Analysis and Disposition

I shall deal first with the issue related to the interception of private communications by the police through the informer, about which the following constitutional questions were stated:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does section 178.16(1)(b) of the *Criminal Code*, making admissible as evidence an intercepted private communication, where the interception was not lawfully made, with the express consent to the admission thereof of the originator or intended recipient thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If section 178.16(1)(b) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

For the reasons given in *R. v. Duarte, supra*, I am of the view that the participant electronic surveillance conducted by the police and an informer in this case infringes the right to be secure against unreasonable searches and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* and is not saved

obtenir l'autorisation d'un juge pour que cette autre personne puisse écouter ce qui se dit ou l'enregistrer secrètement». Ce moyen d'appel a aussi été rejeté par la cour.

- ^a En appel devant notre Cour, l'appelant a soulevé les mêmes questions, mais a fait valoir en outre que le ministère public avait supprimé un élément de preuve, c'est-à-dire le livret d'information sur la stabilité du bateau, et que ce livret appuierait le point de vue de l'appelant.

Analyse et dispositif

Je traiterai d'abord de l'interception de communications privées par la police, par l'intermédiaire de l'indicateur, au sujet de laquelle les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. L'alinéa 178.16(1)b) du *Code criminel*, qui rend admissible en preuve une communication privée interceptée illégalement, à la condition que l'auteur de cette communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si l'alinéa 178.16(1)b) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour les raisons exposées dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, je suis d'avis que la surveillance électronique participative menée par la police et un indicateur en l'espèce porte atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*

by s. 1 of the *Charter*. However, for reasons also given in *R. v. Duarte*, I do not think the appellant has discharged the onus of establishing that the admission of the recordings of the intercepted communications in the present case would bring the administration of justice into disrepute. This evidence should not, therefore, be excluded. Indeed, this point is even stronger here than in *R. v. Duarte*, for the case for the appellant did not deny that the intercepted statements were made. His defence was simply that he was lying, a defence the jury obviously did not accept.

For the reasons given in *R. v. Duarte*, the issue of the constitutional validity of ss. 178.11(2)(a) and 178.16(1)(b) is not engaged in the manner in which counsel framed the issue.

As to the other issues, it is sufficient to say that, in my view, those raised before the Court of Appeal were correctly disposed of by that court, and that there is no merit to the point concerning the alleged suppression of evidence.

I would dismiss the appeal. I would reply to the constitutional questions as follows:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 178.11(2)(a) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8.

2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

et n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Toutefois, pour les motifs également exposés dans l'arrêt *R. c. Duarte*, j'estime que l'appelant ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait d'établir que l'utilisation des enregistrements des communications interceptées en l'espèce serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette preuve ne doit donc pas être écartée. En fait, ce point est encore plus vrai en l'espèce que dans *R. c. Duarte*, puisque l'appelant n'a pas nié que les déclarations interceptées avaient été faites. Sa défense consistait simplement à dire qu'il avait menti, et il est manifeste que le jury n'a pas accepté cette explication.

Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Duarte*, la question de la constitutionnalité des al. 178.11(2)(a) et 178.16(1)(b) ne se posait pas de la manière retenue par les avocats pour définir le point litigieux.

Pour ce qui est des autres questions, il suffit de dire que, selon moi, celles qui ont été soulevées en Cour d'appel ont été bien tranchées par cette dernière et que le moyen alléguant la suppression d'un élément de preuve est sans fondement.

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

1. L'alinéa 178.11(2)(a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'alinéa 178.11(2)(a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8.

2. Si l'alinéa 178.11(2)(a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

It is not necessary to answer this question.

3. Does section 178.16(1)(b) of the *Criminal Code*, making admissible as evidence an intercepted private communication, where the interception was not lawfully made, with the express consent to the admission thereof of the originator or intended recipient thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 178.16(1)(b) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

4. If section 178.16(1)(b) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—For the reasons given in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, I am of the view that this appeal should be dismissed.

Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the Code does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the Charter, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. Section 178.16(1)(b) of the Code does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the Charter. It was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

Solicitor for the appellant: Peter Alexander Hart, Vancouver.

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

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

3. L'alinéa 178.16(1)(b) du *Code criminel*, qui rend admissible en preuve une communication privée interceptée illégalement, à la condition que l'auteur de cette communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'alinéa 178.16(1)(b) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*.

4. Si l'alinéa 178.16(1)(b) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)(a) du Code ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. L'alinéa 178.16(1)(b) du Code ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la Charte. Il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

Procureur de l'appellant: Peter Alexander Hart, Vancouver.

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

Harry Phillip Rawluk *Appellant*

v.

Jacqueline Dorothy Rawluk *Respondent*

INDEXED AS: RAWLUK v. RAWLUK

File No.: 20736.

1989: October 6; 1990: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Property — Constructive trust — Wife contributing to accumulation of assets held in husband's name — Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day — Assets appreciating significantly after valuation day — Whether or not the constructive trust applicable where the Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment — Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, ss. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

Trusts and trustees — Constructive trust — Family assets — Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day — Assets appreciating significantly after valuation day — Whether or not the constructive trust applicable where the Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment.

The Rawlucs were married in 1955 and lived and worked together for twenty-nine years. They had a farm and a farm equipment sales and service business. In the early years of their marriage, the wife cared for their children and looked after farm chores. By the early 1960s, she was also assisting with customers in the shop of the farm implement business. In 1969, the wife assumed a major role in its operation and maintained her involvement in all aspects of the farming operation. She contributed to the assets the parties acquired during the marriage. At the time of separation in 1984, the Rawlucs held a number of properties, all but one of which were registered in the name of the husband. The *Family Law Act, 1986* provided that family assets be valued and divided equally. The valuation date here was the date of separation. In the years between separation and the trial of the action, the value of these properties increased dramatically. The trial judge and the Court of Appeal held that the property in question was impressed

Harry Phillip Rawluk *Appellant*

c.

Jacqueline Dorothy Rawluk *Intimée*

RÉPERTORIÉ: RAWLUK c. RAWLUK

N° du greffe: 20736.

1989: 6 octobre; 1990: 25 janvier.

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

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

Droit de la famille — Biens — Fiducie par interprétation — Contribution de l'épouse à l'acquisition de biens détenus au nom de l'époux — Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation — Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation — Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause? — Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Biens familiaux — Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation — Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation — Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause?

Les Rawluk se sont mariés en 1955 et ils ont vécu et travaillé ensemble pendant vingt-neuf ans. Ils possédaient une exploitation agricole et une entreprise de service de vente et d'après-vente de matériel agricole. Au cours des premières années du mariage, l'épouse a pris soin des enfants et s'est occupée de travaux de ferme. Au début des années 60, elle s'occupait également des clients de l'entreprise de matériel agricole. En 1969, l'épouse a joué un rôle dominant dans l'exploitation de l'entreprise et continué de participer à tous les aspects de l'exploitation agricole. Elle a contribué à l'acquisition des biens des parties au cours du mariage. Au moment de la séparation en 1984, les Rawluk possédaient un certain nombre de biens, qui étaient tous au nom de l'époux à l'exception d'un seul. La *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit que les biens familiaux doivent être évalués et partagés également. En l'espèce, la date d'évaluation était la date de la séparation. Au cours des années écoulées entre la séparation et l'audi-

with a constructive trust which gave the wife a beneficial half interest in the property at the time of separation and therefore entitled her to participate as owner in the value of the property after separation. At issue here is whether or not the constructive trust finds application where the *Family Law Act, 1986* already provides a remedy for the unjust enrichment complained of.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Far from abolishing the constructive trust doctrine, the *Family Law Act, 1986* incorporates the constructive trust remedy as an integral part of the process of ownership determination and equalization established by that Act. As a general rule a legislature is presumed not to depart from prevailing law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness. But even aside from this presumption, the *Family Law Act, 1986* intended to both recognize and accommodate the remedial constructive trust.

Before property can be equalized under s. 5 of the *Family Law Act, 1986*, a court is required by s. 4 to determine the "net family property" of each spouse on the valuation date. "Property" is defined as "any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property" and accordingly includes not only legal but beneficial ownership. The remedial constructive trust therefore should be included in the list of equitable principles or remedies that may be used to calculate the beneficial ownership of net family property. It can be recognized as having come into existence from the time when the unjust enrichment first arose, even though it is judicially declared at a later date.

The distinction between ownership and a share on equalization is more than an exercise in judicial formalism. It involves conceptual and practical differences for ownership which encompass far more than a mere share in the value of property.

Where the property at issue is one to which only one spouse has contributed, it is appropriate that the other spouse receive only an equalizing transfer of money. But where both spouses have contributed to the acquisition

tion de l'action en première instance, la valeur de ces biens a augmenté considérablement. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que les biens en question faisaient l'objet d'une fiducie par interprétation qui conférait à l'épouse un intérêt bénéficiaire de moitié dans les biens à l'époque de la séparation lui permettant donc, comme propriétaire, d'avoir une part dans la valeur des biens après la séparation. La question en l'espèce est de savoir si la fiducie par interprétation s'applique quand la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit déjà un recours pour l'enrichissement sans cause reproché.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory: Loin d'abroger la théorie de la fiducie par interprétation, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* fait du recours à la fiducie par interprétation une partie intégrante du processus de détermination du droit de propriété et d'égalisation établi par cette loi. En règle générale, le législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire. Même sans cette présomption, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* visait à reconnaître et à rendre applicable le recours à la fiducie par interprétation.

Avant de pouvoir égaliser les biens en vertu de l'art. 5 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, un tribunal doit, en vertu de l'art. 4, déterminer les «biens familiaux nets» de chaque conjoint à la date d'évaluation. «Bien» est défini comme un «droit actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble» et comprend donc non seulement la propriété en common law mais aussi la propriété bénéficiaire. Le recours à la fiducie par interprétation devrait donc être inclus dans la liste des principes ou réparations en *equity* qui peuvent être utilisés pour établir la propriété bénéficiaire des biens familiaux nets. On peut reconnaître qu'elle prend naissance dès le moment où survient l'enrichissement sans cause même si la déclaration judiciaire de la fiducie intervient plus tard.

La distinction entre une part dans la propriété et une part de l'égalisation est plus qu'un exercice de formalisme judiciaire. Elle comporte des différences conceptuelles et pratiques parce que le droit de propriété comprend beaucoup plus qu'une simple part dans la valeur du bien.

Lorsque le bien en cause est un bien auquel un seul conjoint a contribué, il est juste que l'autre conjoint reçoive uniquement la somme provenant de l'égalisation. Mais lorsque les deux conjoints ont contribué à l'acquisi-

or maintenance of the property, the spouse who does not hold legal title should be able to claim an interest in that property by way of a constructive trust and realize the benefits that ownership may provide. The imposition of a constructive trust recognizes that the titled spouse is holding property that has been acquired, at least in part, through the money or effort of another.

Under the Act a court is, as a first step, required to determine the ownership interests of the spouses. It is at that stage that the court must deal with and determine the constructive trust claims. The second step requires that the equalization be calculated. The third step requires that the court assess whether equalization is unconscionable, pursuant to s. 5(6). This step in the process must be kept distinct from the preliminary determinations of ownership.

Section 10 of the *Family Law Act, 1986* reinforces the Act's emphasis on the importance of individual ownership, even within a regime of deferred sharing. A spouse can apply to a court to determine a question of ownership or possession prior to equalization, and thus to assert some degree of control over matrimonial property during cohabitation. It would be inconsistent to deny a spouse the same remedy when it is sought after a separation.

Section 14 specifically refers to the doctrine of resulting trust. It is not intended to specifically preserve that trust, and by implication abolish all other non-express trusts, but rather is intended to modify the resulting trust doctrine as it applies in the context of the *Family Law Act, 1986*. The combination of these modifying provisions and the legislature's silence on the subject of remedial constructive trust indicate that the constructive trust is maintained in an unmodified form.

The constructive trust remedy can be utilized by unmarried cohabitants. It would not only be inequitable but would also contravene the provisions of s. 64(2) if married persons were precluded by the *Family Law Act, 1986* from utilizing the doctrine of remedial constructive trust which is available to unmarried persons.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): The doctrine of constructive trust is not a property right but a proprietary remedy for unjust enrichment. The availability of other remedies for the unjust enrich-

tion ou à l'entretien du bien, le conjoint qui ne détient pas le titre de propriété devrait pouvoir revendiquer un droit sur le bien au moyen de la fiducie par interprétation et profiter des avantages que le droit de propriété peut apporter. L'imposition d'une fiducie par interprétation reconnaît que l'époux titulaire détient le bien dont l'acquisition s'est faite, au moins en partie, au moyen de sommes d'argent ou d'efforts fournis par une autre personne.

En vertu de la Loi, le tribunal doit d'abord déterminer les droits de propriété des conjoints. C'est à cette étape qu'il doit examiner et trancher les demandes relatives aux fiducies par interprétation. La deuxième étape consiste à faire les calculs d'égalisation. La troisième étape exige que le tribunal détermine si l'égalisation est inadmissible, en vertu du par. 5(6). Cette étape du processus doit être distincte des questions préliminaires concernant la propriété.

L'article 10 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* renforce l'accent qui est mis dans la Loi sur l'importance du droit de propriété individuel, même à l'intérieur d'un régime de partage différé. Un conjoint peut demander au tribunal de régler une question relative à la propriété ou au droit à la possession avant l'égalisation, et donc faire valoir un certain degré de contrôle sur les biens familiaux pendant la cohabitation. Il serait illogique de priver un conjoint du même recours lorsque la demande en est faite après une séparation.

L'article 14 mentionne expressément la théorie de la fiducie par déduction. L'article 14 n'a pas pour but de préserver spécifiquement cette fiducie, et donc d'abroger implicitement toutes les autres fiducies non expresses; il vise plutôt à modifier la théorie de la fiducie par déduction telle qu'elle s'applique dans le contexte de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*. L'effet combiné de ces dispositions modificatives et du silence du législateur sur le recours à la fiducie par interprétation indique que la fiducie par interprétation est maintenue sans modification.

Le recours à la fiducie par interprétation peut être utilisé par des personnes qui cohabitent sans être mariées. Il serait non seulement inéquitable mais également contraire aux dispositions du par. 64(2) de priver les personnes mariées, en vertu de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, du recours à la théorie de la fiducie par interprétation qui est offert aux personnes non mariées.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissent): La théorie de la fiducie par interprétation ne confère pas un droit de propriété mais constitue un recours sur la propriété contre l'enrichissement sans

ment must accordingly be considered before declaring a constructive trust. The doctrine of constructive trust should not be applied in this case because the *Family Law Act, 1986* provides a remedy for the unjust enrichment of the husband to the detriment of the wife.

The fundamentals of the Canadian approach to constructive trust in relation to unjust enrichment are: (1) its purpose is to remedy an unjust enrichment; (2) it is remedial rather than substantive; and (3) it is but one of many remedies that may be available to correct unjust enrichment. A plaintiff should exhaust his personal remedies before the remedy of constructive trust is imposed.

In Canada the constructive trust, at least in the context of unjust enrichment, is a remedy and not a doctrine of substantive property law. It does not arise automatically when the three conditions set out in *Pettkus v. Becker* are established. Rather, the court must go on to consider what other remedies are available to remedy the unjust enrichment in question and whether the proprietary remedy of constructive trust is appropriate. The doctrine of constructive trust does not permit the court to confer retrospectively a property interest solely on the basis of contribution of one spouse and enrichment of the other. A further inquiry must be made to determine if the remedy of constructive trust is necessary or appropriate given the presence of another remedy.

Given an unjust enrichment arose from the fact that the property to which the wife contributed was in the husband's name, the *Family Law Act, 1986* provides a remedy which makes it unnecessary to resort to the doctrine of constructive trust. Both the statutory remedy and the remedy of constructive trust are directed to the same end. The Act provides for the equalization to be accomplished by a payment of money based on the value of the property at the time of separation (a remedy *in personam*) while the doctrine of constructive trust would give a beneficial interest in the land which persists to the date of trial (a proprietary remedy).

The *Family Law Act, 1986* provides complete compensation for the wife's contribution to the date of separation. Any disproportionate enrichment must occur because of the increase in value due to changing market conditions after that date. But that does not constitute

cause. Il faut donc déterminer s'il existe d'autres recours contre l'enrichissement sans cause avant de déclarer l'existence d'une fiducie par interprétation. La théorie de la fiducie par interprétation ne devrait pas être appliquée en l'espèce parce que la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit un recours dans le cas de l'enrichissement sans cause du mari au détriment de l'épouse.

Les fondements de l'application de la fiducie par interprétation au Canada, en matière d'enrichissement sans cause, sont les suivants: (1) elle a pour objet de remédier à l'enrichissement sans cause; (2) elle est un recours plutôt qu'une règle de fond; (3) elle n'est qu'un parmi d'autres recours possibles pour corriger l'enrichissement sans cause. Le demandeur devrait donc épuiser les recours dont il dispose avant que la fiducie par interprétation soit imposée.

Au Canada, la fiducie par interprétation, du moins dans le contexte de l'enrichissement sans cause, est un recours et non une règle de fond en droit des biens. Elle n'existe pas automatiquement lorsque les trois conditions requises dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* sont établies. Le tribunal doit plutôt se demander quels autres recours existent pour remédier à l'enrichissement sans cause et si la fiducie par interprétation comme recours sur la propriété est appropriée. La théorie de la fiducie par interprétation ne permet pas au tribunal de conférer rétroactivement un droit de propriété en se fondant uniquement sur la contribution d'un conjoint et l'enrichissement de l'autre. Il faut se demander en outre si, compte tenu de l'existence d'un autre recours, le recours à la fiducie par interprétation est nécessaire ou approprié.

Puisque l'enrichissement sans cause provient du fait que les biens auxquels l'épouse a contribué étaient au nom de l'époux, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit un redressement qui rend inutile l'utilisation de la théorie de la fiducie par interprétation. Le recours prévu par la Loi et celui qu'offre la fiducie par interprétation visent le même but. La Loi prévoit que l'égalisation s'effectue par le paiement d'une somme calculée selon la valeur des biens au moment de la séparation (un recours *in personam*) alors que la théorie de la fiducie par interprétation conférerait un intérêt bénéficiaire dans le bien-fonds qui subsiste jusqu'à la date de l'audience (un recours sur la propriété).

La *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit une compensation complète de la contribution de l'épouse jusqu'à la date de la séparation. Après cela, tout enrichissement disproportionné résulte de l'augmentation de valeur due aux conditions changeantes du marché. Mais

an unjust enrichment under the principles set forth in *Pettkus v. Becker*, given that the wife made no contribution after that date. As a matter of legal principle, given the fact that the Legislature provided a remedy for the unjust enrichment which would otherwise have occurred, it is not for this Court to impose an additional equitable remedy aimed at correcting the same wrong. To graft the remedy of constructive trust to the statutory scheme would pose practical problems, add uncertainty and promote litigation, and perhaps adversely affect the rights of third parties.

The suggestion that the wife should not be in a worse position than had the parties not been married is met by the fact that the Legislature, acting within the proper scope of its authority, chose to confine the Act to married persons.

The fact that a married person might be able to obtain a declaration of constructive trust before but not after separation is not anomalous. The equalization provisions of the Act provide an alternative remedy to which the spouse becomes entitled upon separation. The fact that that remedy may not be as advantageous in some cases as the remedy of constructive trust does not justify the court in altering the doctrine of constructive trust.

Very different provisions govern the division of marital property in the various provinces. There can be no simple or universally applicable answer to the question of whether the doctrine of constructive trust will apply in a statutory context: in each case, the circumstances of the case and the efficacy of alternative remedies conferred by the applicable legislation must be examined to ascertain whether, in that situation, a declaration of constructive trust should be declared.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; **referred to:** *Thompson v. Thompson*, [1961] S.C.R. 3; *Trueman v. Trueman* (1971), 18 D.L.R. (3d) 109; *Pettitt v. Pettitt*, [1969] 2 All E.R. 385; *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102; *Vedovato v. Vedovato* (1984), 39 R.F.L. (2d) 18; *Thoreson v. Thoreson* (1982), 137 D.L.R. (3d) 535; *Leatherdale v. Leatherdale*, [1982] 2 S.C.R. 743; *Seed v. Seed* (1986),

ce n'est pas un enrichissement sans cause selon les principes établis dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* puisque l'épouse n'a fait aucune contribution après cette date. Selon les principes juridiques, lorsque le législateur a prévu un moyen de remédier à l'enrichissement sans cause qui se serait produit en l'espèce, il n'appartient pas à cette Cour d'imposer une réparation additionnelle en *equity* pour corriger le même tort. Greffer le mécanisme de la fiducie par interprétation à ce régime législatif entraînerait des problèmes pratiques, ajouterait à l'incertitude, susciterait des litiges et pourrait même porter atteinte aux droits de tiers.

À l'argument que la situation de l'épouse ne devrait pas être pire que celle dans laquelle elle se trouverait si les parties n'avaient pas été mariées, la réponse est que le législateur, agissant dans le cadre de ses pouvoirs, a décidé que la Loi ne s'appliquerait qu'aux personnes mariées.

Le fait qu'une personne mariée puisse obtenir une déclaration de fiducie par interprétation avant mais pas après la séparation n'est pas anormal. Les dispositions de la Loi sur l'égalisation offrent au conjoint un autre recours au moment de la séparation. Le fait que ce recours puisse ne pas être aussi avantageux dans certains cas que la fiducie par interprétation ne justifie pas le tribunal de modifier la théorie de la fiducie par interprétation.

Des dispositions très différentes régissent le partage des biens familiaux dans les provinces autres que l'Ontario. Il n'existe aucune réponse facile ou universelle à la question de savoir si la théorie de la fiducie par interprétation doit s'appliquer en contexte législatif: dans chaque cas, les circonstances de l'espèce et l'efficacité d'autres recours prévus par les lois applicables doivent être examinées pour évaluer si, dans un cas donné, il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; **arrêts mentionnés:** *Thompson v. Thompson*, [1961] R.C.S. 3; *Trueman v. Trueman* (1971), 18 D.L.R. (3d) 109; *Pettitt v. Pettitt*, [1969] 2 All E.R. 385; *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102; *Vedovato v. Vedovato* (1984), 39 R.F.L. (2d) 18; *Thoreson v. Thoreson* (1982), 137 D.L.R. (3d) 535; *Leatherdale c. Leatherdale*, [1982] 2 R.C.S. 743; *Seed*

5 R.F.L. (3d) 120; *Leslie v. Leslie and Clyde* (1987), 9 R.F.L. (3d) 82; *Cowan v. Cowan* (1987), 9 R.F.L. (3d) 401; *Re Corless and Corless* (1987), 58 O.R. (2d) 19; *Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58; *Leonard v. Leonard*, [1987] O.J. No. 1488, unreported; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610.

By McLachlin J. (dissenting)

Hussey v. Palmer, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *McDonald v. McDonald* (1988), 11 R.F.L. (3d) 321.

Statutes and Regulations Cited

Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, ss. 4, 5, 10, 14, 64.

Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 8.

Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, c. 2.

Authors Cited

Bogert, George Gleason, and George Taylor Bogert. *The Law of Trusts and Trustees*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

McClellan, A. J. "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*" (1982), 16 *U.B.C. Law Rev.* 155.

McLeod, James. Annotation to *Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part IV. Toronto: Law Reform Commission, 1974.

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Paciocco, D. M. "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315.

Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Scott, Austin Wakeman. *Law of Trusts*, vol. 5, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1967.

Scott, Austin Wakeman, and William Franklin Fratcher. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1989.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

Waters, Donovan. Comment (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 366.

v. Seed (1986), 5 R.F.L. (3d) 120; *Leslie v. Leslie and Clyde* (1987), 9 R.F.L. (3d) 82; *Cowan v. Cowan* (1987), 9 R.F.L. (3d) 401; *Re Corless and Corless* (1987), 58 O.R. (2d) 19; *Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58; *Leonard v. Leonard*, [1987] O.J. No. 1488, inédit; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Hussey v. Palmer, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *McDonald v. McDonald* (1988), 11 R.F.L. (3d) 321.

Lois et règlements cités

Loi de 1978 sur la réforme du droit familial, S.O. 1978, ch. 2.

Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 4, 5, 10, 14, 64.

Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, ch. 152, art. 8.

e Doctrine citée

Bogert, George Gleason, and George Taylor Bogert. *The Law of Trusts and Trustees*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

McClellan, A. J. «Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*» (1982), 16 *U.B.C. Law Rev.* 155.

McLeod, James. Annotation to *Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58.

Ontario. Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report on Family Law*, Partie IV. Toronto: Commission de réforme du droit, 1974.

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Paciocco, D. M. «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315.

Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Scott, Austin Wakeman. *Law of Trusts*, vol. 5, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1967.

Scott, Austin Wakeman, and William Franklin Fratcher. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1989.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

Waters, Donovan. Comment (1975), 53 *R. du B. can.* 366.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 61 O.R. (2d) 637, 10 R.F.L. (3d) 113, dismissing an appeal from Walsh J. (1986), 55 O.R. (2d) 704, 3 R.F.L. (3d) 113. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Malcolm C. Kronby, Q.C., for the appellant.

Melanie A. Manchee, for the respondent.

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

CORY J.—At issue in this appeal is whether the doctrine of constructive trust can be applied to determine the ownership of assets of married spouses under the provisions of the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4.

Factual Background

Jacqueline and Harry Rawluk were married in 1955 when Harry Rawluk was 24 years old and Jacqueline was 21. For the next 29 years, until they separated permanently in 1984, the Rawlucs worked together in two business operations. The first was a farm machinery sales and service business. The second was a cash-crop and livestock farming operation carried on at different times and in different places throughout the marriage.

Two years prior to the marriage Mr. Rawluk had bought a New Holland Farm Equipment franchise for the region of Newmarket, north of Toronto. He also farmed a modest rented acreage on a cash-crop basis. Shortly after the marriage Mr. Rawluk's father died. The spouses then took over the farm that had been run by his parents.

For the first few years of the marriage Mrs. Rawluk devoted most of her time to raising the couple's three children and performing a wide range of farm chores. During the early 1960s, however, she began helping her husband in the farm machinery shop. In 1964 the Rawlucs moved to a new family farm on a twenty-three acre parcel in Newmarket. Five years later, the farm ma-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 61 O.R. (2d) 637, 10 R.F.L. (3d) 113, qui a rejeté un appel de la décision du juge Walsh (1986), 55 O.R. (2d) 704, 3 R.F.L. (3d) 113. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Malcolm C. Kronby, c.r., pour l'appellant.

Melanie A. Manchee, pour l'intimée.

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

LE JUGE CORY—Ce pourvoi pose la question de savoir si la théorie de la fiducie par interprétation peut servir à déterminer la propriété des biens des époux en vertu des dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4.

Les faits

Jacqueline et Harry Rawluk se sont mariés en 1955 alors qu'ils étaient âgés de 21 et 24 ans respectivement. Au cours des 29 années suivantes, jusqu'à leur séparation définitive en 1984, les Rawluk ont travaillé ensemble à deux entreprises commerciales. La première était un service de vente et d'après-vente de matériel agricole. La deuxième, exploitée à différentes époques du mariage et en divers endroits, était une entreprise de cultures commerciales et d'élevage.

Deux ans avant le mariage, M. Rawluk avait acquis une concession de New Holland Farm Equipment pour la région de Newmarket, au nord de Toronto. Il avait également loué une petite exploitation agricole à des fins de cultures commerciales. Peu de temps après le mariage, le père de M. Rawluk est décédé. Les époux ont alors repris l'entreprise agricole exploitée par ses parents.

Au cours des premières années du mariage, M^{me} Rawluk a consacré l'essentiel de son temps à l'éducation de leurs trois enfants et à un vaste éventail de travaux agricoles. Au début des années 60, elle a commencé à aider son mari dans le magasin de matériel agricole. En 1964, les Rawluk se sont installés dans une nouvelle exploitation agricole familiale de 23 acres à Newmarket. Cinq ans plus

chinery operation was moved to this farm when the building that had housed the business burned down. From that time on, Mrs. Rawluk played a large role in running the farm machinery business. She performed all the bookkeeping functions, did most of the invoicing and banking and operated the parts department. At the same time, she maintained her active involvement in all aspects of the farming operations. In addition to the usual daily farm chores, she took care of birthings, needling and feeding of the animals, did the employee payroll and bookkeeping, assisted with augering wheat and helped to transport employees and crops at harvest.

Throughout the late 1950s and 1960s the Rawlukes acquired a number of parcels of land. In 1958 they purchased two lots on Faulkner Avenue, in the Township of Whitchurch-Stouffville, adjoining a lot the husband had bought before the marriage. In 1963 they bought a cottage property in Haliburton. In the same year they acquired a nine-acre parcel in Newmarket that was used primarily as farmland but also to store equipment from the machinery business. In 1964 they acquired the matrimonial home farm, located adjacent to this nine-acre parcel. In 1966 they bought another ten-acre parcel near Sharon, Ontario. Title to all these properties was registered in Harry Rawluk's name except for the cottage which was originally in joint tenancy until Mr. Rawluk transferred it into his wife's name for tax purposes.

The money required to buy these properties and run the businesses came from a single bank account. Over the years the account was virtually always maintained in the husband's name. The sole exception was during a span of about one year when the husband converted it to a joint account, a period that coincided with Mrs. Rawluk's decision to put \$7,000 of her inheritance from her mother's estate into the business operations.

Much of the cash generated by property rents and machinery sales never reached the bank

tard, ils ont déménagé l'entreprise de matériel agricole sur cette ferme parce que l'édifice qui abritait l'entreprise avait été détruit par un incendie. À compter de ce moment, M^{me} Rawluk a joué un rôle important dans l'exploitation de l'entreprise de matériel agricole. Elle était responsable de la tenue des livres, de la plupart des opérations de facturation et des opérations bancaires ainsi que du service des pièces, tout en continuant à participer activement à tous les aspects de l'exploitation agricole. En plus des travaux agricoles quotidiens, elle s'occupait des animaux, notamment des mises à bas, des soins et de leur alimentation, elle voyait au paiement des salaires des employés et à la tenue des livres, elle participait à la manutention du blé et aidait au transport des employés et des cultures au moment des récoltes.

À la fin des années 50 et pendant les années 60, les Rawluk ont acquis plusieurs terrains. En 1958, ils ont acquis deux lots de l'avenue Faulkner, dans le canton de Whitchurch-Stouffville, qui étaient adjacents à un lot que le mari avait acheté avant le mariage. En 1963, ils ont acheté une résidence secondaire à Haliburton ainsi qu'un lot de neuf acres à Newmarket, utilisé principalement comme terre agricole mais également pour stocker l'équipement de l'entreprise de matériel agricole. En 1964, ils ont acquis la ferme adjacente à ce lot de neuf acres qui devint le foyer conjugal. En 1966, ils ont acquis un autre lot de 10 acres près de Sharon en Ontario. Tous les titres de propriété étaient au nom de Harry Rawluk à l'exception de la résidence secondaire qui était à l'origine en propriété conjointe jusqu'à ce que M. Rawluk la transfère au nom de son épouse pour des raisons fiscales.

L'argent nécessaire à l'acquisition de ces propriétés et à l'exploitation des entreprises provenait d'un seul compte en banque. Pendant toutes ces années, le compte a presque toujours été au nom de l'époux à la seule exception d'une période d'environ un an, quand l'époux l'a converti en compte conjoint, à l'époque où M^{me} Rawluk a décidé d'investir 7 000 \$ provenant de la succession de sa mère dans les entreprises commerciales.

Une large part des sommes provenant des locations de lots et des ventes de matériel n'ont jamais

account. For many years the spouses deposited and stored the cash in a teapot in a china cabinet in their home. Both husband and wife, as their cash requirement dictated, dipped into this teapot. Unfortunately this casual arrangement became a source of friction and discord. Mrs. Rawluk complained that her husband was miserly and that she was unable, without an argument, to use any money to satisfy the needs of herself and her children. Mr. Rawluk, on the other hand, viewed his wife as a spendthrift who turned too readily to the teapot.

Spurred on by a desire to gain an independent income, Mrs. Rawluk went to night school in the early 1970s and qualified as a registered nursing assistant. In 1974 she worked full-time at a Newmarket hospital. Mr. Rawluk complained about her absence from the business operations. As a result, from 1975 until just before the Rawlucks' first separation, she worked only part-time, mostly in the evenings, so that she could continue her previous work in the farming and farm machinery businesses.

The Rawlucks first separated in early 1982 when Mr. Rawluk left the home. In the fall of that year they reconciled and Mr. Rawluk returned. During that year Mr. Rawluk gave up his farm machinery franchise and devoted much of his time to attending auction sales, particularly of antiques. Mrs. Rawluk continued her nursing at the hospital in Newmarket, but now on a full-time basis. By the late spring of 1984 the Rawlucks' relationship had significantly deteriorated. On June 1, 1984 they agreed that they were, in fact, living separate and apart under the same roof.

After the couple's first separation Mrs. Rawluk had begun proceedings under *The Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152. She sought an unequal division of family assets and a division of non-family assets and additionally or alternatively brought her claim under s. 8 of that Act. That action, suspended following reconciliation, was reactivated in 1984. At the trial that took place in 1986, Mrs. Rawluk requested a distribution of matrimonial property under the *Family Law Act*,

été déposées dans le compte en banque. Durant plusieurs années, les Rawluk ont conservé l'argent dans une théière placée dans un vaisselier de leur domicile. Ils prenaient dans cette théière l'argent dont ils avaient besoin. Malheureusement, cet arrangement informel est devenu une source de friction et de discorde. Madame Rawluk se plaignait que son mari était pingre et qu'elle ne pouvait prendre l'argent dont elle et ses enfants avaient besoin sans qu'il y ait de dispute. D'autre part, M. Rawluk trouvait que son épouse était dépensière et recourait trop facilement à la théière.

Souhaitant gagner un revenu indépendant, M^{me} Rawluk a suivi des cours du soir au début des années 70 et a obtenu un diplôme d'infirmière auxiliaire autorisée. En 1974, elle a travaillé à temps plein dans un hôpital de Newmarket mais M. Rawluk se plaignait de son absence des entreprises. C'est pour cela que, de 1975 jusqu'à peu avant leur première séparation, elle n'a travaillé qu'à temps partiel, surtout le soir, pour continuer son travail antérieur dans l'exploitation agricole et l'entreprise de matériel agricole.

Les Rawluk se sont d'abord séparés au début de 1982 lorsque M. Rawluk a quitté le domicile. Ils se sont réconciliés l'automne suivant et M. Rawluk est revenu. Cette année-là, M. Rawluk s'est départi de sa concession de matériel agricole et a passé la plus grande part de son temps à assister à des ventes à l'encan, particulièrement de meubles et d'objets anciens. Madame Rawluk a continué à exercer ses fonctions d'infirmière à l'hôpital de Newmarket, mais cette fois-ci à temps plein. À la fin du printemps 1984, les rapports entre les Rawluk s'étaient considérablement détériorés. Le 1^{er} juin 1984, ils ont convenu que, dans les faits, ils vivaient séparément sous le même toit.

Après la première séparation, M^{me} Rawluk avait entamé des procédures en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, ch. 152. Elle demandait le partage inégal des biens familiaux et le partage des biens autres que familiaux, fondant de plus ou subsidiairement sa demande sur l'art. 8 de cette loi. Cette action, suspendue à la suite de la réconciliation, a été reprise en 1984. À l'audience en 1986, M^{me} Rawluk a demandé le partage des biens familiaux

1986 which had come into force on March 1, 1986. The spouses disagreed as to what each owned on June 1, 1984 which, pursuant to s. 4 of the Act, became the valuation date.

Under the *Family Law Act, 1986* deferred sharing regime, equalization of matrimonial property is calculated according to the value of the property at valuation date. As of the valuation date of June 1, 1984, the Newmarket farm and machinery lot had been valued at \$400,000 and the Sharon property at \$139,000. In the Rawluks' case the value of the matrimonial property, particularly the Newmarket home farm and machinery lot, had increased dramatically by the time of the trial in 1986 and has continued to do so since then. In order to share in one-half of the increase in value, Mrs. Rawluk claimed by way of a remedial constructive trust a beneficial one-half interest in the home farm and machinery lot and the Sharon property.

There can be no doubt that the industry and dedication of Mrs. Rawluk was such that they would, apart from the *Family Law Act, 1986*, entitle her to have her proprietary interest in the properties in issue recognized. Indeed it is conceded by the appellant that the facts of this case would support a declaration of constructive trust unless, as he contends, the remedy is abolished and superseded by the *Family Law Act, 1986*. As an owner, Mrs. Rawluk would be entitled to a share in the property to the extent of its value as of the date of trial.

The Judgments Below

Supreme Court of Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 704, 3 R.F.L. (3d) 113

At trial, Walsh J. held that a remedial constructive trust could be imposed by the court to determine the ownership of assets of married spouses under the *Family Law Act, 1986*. He determined that the *Family Law Act, 1986* requires a court to decide issues of ownership prior to equalizing net family property. He held that in determining own-

en vertu de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1986. Les époux n'étaient pas d'accord sur les biens dont chacun était propriétaire au 1^{er} juin 1984, la date d'évaluation selon l'art. 4 de la loi.

Selon le régime de partage différé prévu par la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, l'égalisation des biens familiaux est calculée selon la valeur des biens à la date d'évaluation. À la date d'évaluation du 1^{er} juin 1984, l'exploitation agricole et l'entreprise de matériel agricole à Newmarket avaient été évalués à 400 000 \$ et le lot de Sharon à 139 000 \$. Dans le cas des Rawluk, la valeur des biens familiaux, particulièrement l'exploitation agricole familiale de Newmarket et l'entreprise de matériel agricole, avait considérablement augmenté à la date de l'audience en 1986 et a augmenté encore par la suite. Pour avoir droit à la moitié de l'augmentation de la valeur, M^{me} Rawluk a invoqué la fiducie par interprétation pour obtenir un intérêt bénéficiaire de moitié dans le lot sur lequel se trouvaient l'exploitation agricole familiale et l'entreprise de matériel agricole ainsi que dans le lot de Sharon.

Il ne fait pas de doute que le travail et le dévouement de M^{me} Rawluk mériteraient, indépendamment de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, que son droit à titre de propriétaire dans les biens en l'espèce soit reconnu. L'appelant admet d'ailleurs que les faits de l'espèce justifieraient l'existence d'une fiducie par interprétation si, comme il le prétend, le redressement n'avait pas été aboli et remplacé par la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*. À titre de propriétaire, M^{me} Rawluk aurait droit à une part dans les biens dans la mesure de leur valeur à la date de l'audience.

Les décisions des juridictions inférieures

La Cour suprême de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 704, 3 R.F.L. (3d) 113

En première instance, le juge Walsh a conclu qu'un tribunal pouvait recourir à la fiducie par interprétation pour déterminer la propriété des biens des époux en vertu de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*. Il a décidé que cette loi obligeait le tribunal à trancher les questions de propriété avant d'égaliser les biens familiaux nets.

ership a court must look to both legal and beneficial interests, including an interest arising by means of constructive trust. He observed that it was unlikely that the Ontario legislature would deny married spouses a remedy that they would have had if unmarried. Having decided that the constructive trust doctrine survived the enactment of the *Family Law Act, 1986*, he found that the facts supported a declaration of constructive trust with regard to the Newmarket home farm and machinery lot and awarded Mrs. Rawluk a one-half interest in the contested property.

Ontario Court of Appeal (1987), 61 O.R. (2d) 637, 10 R.F.L. (3d) 113

The Court of Appeal affirmed Walsh J.'s decision. It decided that the provisions of the *Family Law Act, 1986* far from superceding the constructive trust, appear to incorporate that doctrine into the process of determining ownership and equalizing net family property. The Act's provisions, it was said, clearly direct a court to determine ownership prior to ordering equalization. Accordingly, the constructive trust remedy should be applied as a part of the first step of ownership determination. The court reviewed several provisions of the Act in order to demonstrate that to deny the constructive trust remedy to married spouses in Ontario would create inconsistencies and inequalities. The court declined to decide whether a constructive trust can be forced upon a beneficiary to require that person to share in a decline in the value of property following valuation date. It simply noted that s. 5(6) of the Act might be used in such a situation to award an amount that differs from the standard equalization payment.

Position of the Appellant

The appellant contended, however, that the equalization provisions of the *Family Law Act, 1986* supercede and implicitly abolish the remedy of constructive trust as it applies to the division of

Il a conclu que, pour déterminer la propriété, le tribunal devait prendre en compte les intérêts en common law et les intérêts bénéficiaires, y compris les intérêts résultant d'une fiducie par interprétation. Il a souligné qu'il était peu probable que le législateur ontarien prive des époux d'un recours qu'ils auraient eu s'ils n'avaient pas été mariés. Ayant décidé que la théorie de la fiducie par interprétation avait survécu à l'adoption de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, il a conclu que les faits justifiaient l'imposition d'une fiducie par interprétation pour la ferme familiale et l'entreprise de matériel agricole à Newmarket et a accordé à M^{me} Rawluk un intérêt de moitié dans les biens en litige.

La Cour d'appel de l'Ontario (1987), 61 O.R. (2d) 637, 10 R.F.L. (3d) 113

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Walsh. Elle a décidé que les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, loin d'abolir la fiducie par interprétation, paraissaient avoir incorporé cette théorie dans le processus de détermination de la propriété et d'égalisation des biens familiaux nets. Elle a affirmé que les dispositions de la Loi obligeaient clairement le tribunal à déterminer la propriété avant d'ordonner l'égalisation. Par conséquent, la réparation sous forme de fiducie par interprétation s'appliquait dans le cadre de la première étape du processus de détermination de la propriété. La cour a examiné plusieurs dispositions de la Loi pour démontrer que priver des époux en Ontario du recours à la fiducie par interprétation entraînerait des anomalies et des inégalités. La cour a refusé de décider si une fiducie par interprétation pouvait être imposée à un bénéficiaire de façon que cette personne participe à la diminution de valeur du bien après la date d'évaluation. Elle a simplement souligné que le par. 5(6) de la Loi pourrait être utilisé dans une telle situation pour accorder un montant différent du paiement normal au titre de l'égalisation des biens.

La théorie de l'appelant

L'appelant prétend cependant que les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* concernant l'égalisation des biens ont remplacé et implicitement aboli le recours à la fiducie par

matrimonial property held by married persons in Ontario.

The Historical Background

The issue presented by this appeal arises from a unique convergence of common law and statutory provisions, both of which are of relatively recent origin. The Canadian law of trusts with regard to matrimonial property was only in its infancy when the Ontario Law Reform Commission first proposed a matrimonial property regime of deferred equal sharing in its 1974 *Report on Family Law* (Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part IV, 1974, at p. 55). The Ontario legislature used that Report as a model for the provisions of the *Family Law Act, 1986* but declined to expressly clarify the relationship between the provisions of the Act and the doctrine of constructive trust, as it had evolved during the late 1970s and early 1980s.

(a) *The Doctrine of Constructive Trust and Its Application in Matrimonial Cases*

The evolution of the remedial constructive trust doctrine in Canada and its application to the division of marital property can be traced through a series of well-known decisions of this Court beginning with the dissenting reasons of Laskin J. (as he then was) in *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, and culminating in Dickson C.J.'s decision for a unanimous Court in *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. The doctrine developed when it appeared that the traditional approach to resolving property disputes was inappropriate and inequitable when applied to situations of marital breakdown.

Prior to *Murdoch v. Murdoch*, *supra*, Canadian trust law offered few avenues for a non-titled spouse to gain an interest in matrimonial property held in the name of the other spouse. In the absence of an express trust or a contract a spouse had to establish the existence of a resulting trust. In order to do this the applicant spouse was required to show that he or she had made a contribution to the purchase price of the property

interprétation pour le partage des biens familiaux détenus par des personnes mariées en Ontario.

Le contexte historique

Le litige dans ce pourvoi provient de la rencontre exceptionnelle de règles de common law et de dispositions législatives, toutes deux relativement récentes. Le droit canadien en matière de fiducie applicable aux biens familiaux en était seulement à ses débuts lorsque la Commission de réforme du droit de l'Ontario a proposé pour la première fois un régime de partage égalitaire différé des biens familiaux dans son rapport de 1974 intitulé *Report on Family Law* (Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Law*, Partie IV, 1974, à la p. 55). Le législateur ontarien a utilisé ce rapport comme modèle pour les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, mais sans définir clairement le rapport entre les dispositions de la loi et la théorie de la fiducie par interprétation au stade d'évolution où elle était parvenue à la fin des années 70 et au début des années 80.

a) *La théorie de la fiducie par interprétation et son application aux affaires matrimoniales*

On peut retracer l'évolution de la théorie de la fiducie par interprétation comme recours au Canada et son application au partage des biens matrimoniaux dans une série d'arrêts bien connus de notre Cour commençant par l'opinion dissidente du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, et culminant dans le jugement unanime de notre Cour rendu par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. La théorie a vu le jour parce que le mode traditionnel de résolution des litiges en matière de biens s'était avéré inéquitable et inadapté aux situations de rupture du mariage.

Avant l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*, précité, le droit canadien en matière de fiducie offrait peu de recours permettant au conjoint sans titre de propriété d'obtenir un intérêt dans les biens familiaux détenus au nom de l'autre conjoint. En l'absence de fiducie expresse ou de contrat, un conjoint devait établir l'existence d'une fiducie par déduction. Pour ce faire, le conjoint requérant devait établir sa contribution à l'acquisition du bien et, de

and, as well, that there was a common intention that the non-titled spouse should have a beneficial interest in that property.

The elements of “contribution” and “intent” essential to a finding of resulting trust were elusive concepts that were not infrequently molded so that they could be adapted to matrimonial property cases. In *Thompson v. Thompson*, [1961] S.C.R. 3, this Court had denied a wife a beneficial interest in property held by her husband on the grounds that she had made no financial contribution to the property’s acquisition. However, Judson J., writing for the majority, noted at p. 14 that the Court might properly exercise its discretion in awarding a resulting trust “when there is no financial contribution when the other attributes of the matrimonial partnership are present”. His statement was used by the Alberta Court of Appeal in *Trueman v. Trueman* (1971), 18 D.L.R. (3d) 109, as authority for the principle that an indirect contribution was sufficient to raise a resulting trust.

Under the traditional English view the constructive trust was regarded as a substantive institution very similar to an express trust. It was only applied in very narrow circumstances. In *Pettitt v. Pettitt*, [1969] 2 All E.R. 385, and *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780, the House of Lords emphasized the need for courts to find an actual or presumed intention on the part of the parties before they could reallocate property interests pursuant to trust doctrine. In discussing trust doctrine the House of Lords used the phrase “implied, resulting or constructive trust” without making any distinction among the three. At the same time, however, the Court of Appeal had granted judicial recognition to a “new model” constructive trust that could be imposed, in the words of Lord Denning M.R. in *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286 (C.A.), at p. 1290, “whenever justice and good conscience require it”.

plus, l’intention commune que le conjoint non titulaire du droit de propriété ait un intérêt bénéficiaire dans ce bien.

“ Les éléments de «contribution» et «d’intention», essentiels à l’existence d’une fiducie par déduction, étaient des concepts difficiles à cerner qu’on façonnerait parfois de manière à les adapter aux affaires matrimoniales. Dans l’arrêt *Thompson v. Thompson*, [1961] R.C.S. 3, notre Cour avait refusé à une épouse un intérêt bénéficiaire dans un bien détenu par son conjoint parce qu’elle n’avait apporté aucune contribution financière à l’acquisition du bien. Cependant, le juge Judson, au nom de la majorité, avait souligné, à la p. 14, que la Cour pourrait à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire en reconnaissant l’existence d’une fiducie par déduction [TRADUCTION] «lorsqu’il n’y a eu aucune contribution financière mais que les autres attributs de la société conjugale sont présents». La Cour d’appel de l’Alberta a utilisé cette affirmation dans l’arrêt *Trueman v. Trueman* (1971), 18 D.L.R. (3d) 109, pour étayer le principe qu’une contribution indirecte suffisait pour établir une fiducie par déduction.

“ Selon la conception traditionnelle anglaise, la fiducie par interprétation était considérée comme une institution de fond très semblable à la fiducie expresse. Elle n’était appliquée que dans des circonstances bien définies. Dans les arrêts *Pettitt v. Pettitt*, [1969] 2 All E.R. 385, et *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780, la Chambre des lords a souligné que les tribunaux devraient conclure à l’existence d’une intention réelle ou présumée chez les parties avant de pouvoir réattribuer les droits sur des biens en conformité avec la théorie des fiducies. En analysant la théorie des fiducies, la Chambre des lords a utilisé l’expression [TRADUCTION] «fiducie implicite, par déduction ou par interprétation» sans faire de distinction entre les trois. Cependant, en même temps, la Cour d’appel reconnaissait un «nouveau modèle» de fiducie par interprétation qui pouvait être imposé [TRADUCTION] «lorsque la justice et la conscience l’exigent», selon les propos de lord Denning, maître des rôles, dans l’arrêt *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286 (C.A.) à la p. 1290.

In the United States, on the other hand, the constructive trust had long been recognized not as an institution, but as a broad restitutionary device that could be invoked in a wide variety of situations to compel the transfer of property to a claimant by the defendant in order to prevent the unjust enrichment of the title holder. As stated in Scott, *The Law of Trusts*, vol. 5 (4th ed. 1989), at p. 304:

A constructive trust arises where a person who holds title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it.

In the *Murdoch v. Murdoch* case Mrs. Murdoch had claimed a beneficial interest in a ranch held in her husband's name basing her claim on a resulting trust arising from her contributions of money and labour. A majority of this Court denied her claim, applying a resulting trust analysis and following the House of Lords' judgments in *Pettitt v. Pettitt, supra*, and *Gissing v. Gissing, supra*.

Laskin J., in dissent, would have held in the wife's favour. He based his decision primarily on the ground that the constructive trust could be interpreted as an equitable instrument, the purpose of which was to prevent unjust enrichment. He wrote at p. 454:

The appropriate mechanism to give relief to a wife who cannot prove a common intention or to a wife whose contribution to the acquisition of property is physical labour rather than purchase money is the constructive trust which does not depend on evidence of intention.

Although Laskin J. did not expressly adopt the American approach, his reasons indicate that he was closely aligned to it. For example, in the same paragraph in which he first suggested that a constructive trust should be applied to the Murdochs' situation, Laskin J. relied on citations from the writings of Professor Scott and the reasons of Cardozo J. to help define the doctrine.

Par ailleurs, aux États-Unis, la fiducie par interprétation avait été reconnue depuis longtemps non pas comme une institution, mais comme un mécanisme général de restitution qui pouvait être invoqué dans des situations très diverses pour obliger le défendeur à transférer le bien au demandeur pour prévenir l'enrichissement sans cause du titulaire d'un droit. Comme l'affirme Scott dans son ouvrage *The Law of Trusts*, vol. 5 (4^e éd. 1989), à la p. 304:

[TRADUCTION] Il y a fiducie par interprétation lorsque le titulaire du droit de propriété est assujéti à l'obligation en *equity* de le transférer à une autre personne parce qu'il s'enrichirait injustement s'il lui était permis de le conserver.

Dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*, M^{me} Murdoch avait revendiqué un intérêt bénéficiaire dans une ferme d'élevage dont le titre était au nom de son mari, en fondant sa demande sur une fiducie par déduction découlant de sa contribution en argent et en travail. Notre Cour, à la majorité, a rejeté sa demande après avoir fondé son analyse sur la fiducie par déduction et suivi les arrêts *Pettitt v. Pettitt*, et *Gissing v. Gissing*, précités, de la Chambre des lords.

Le juge Laskin, dissident, aurait statué en faveur de l'épouse. Il a essentiellement fondé sa décision sur l'idée que la fiducie par interprétation pouvait être considérée comme un mécanisme d'*equity* dont le but était de prévenir l'enrichissement sans cause. Il a écrit, à la p. 454:

Le mécanisme approprié pour rendre justice à une femme qui ne peut faire la preuve d'une intention commune ou à une femme dont la contribution à l'acquisition du bien consiste en un travail physique plutôt que dans un prix d'achat, c'est la fiducie par détermination de la loi [fiducie par interprétation], qui ne dépend pas d'une preuve d'intention.

Bien que le juge Laskin n'ait pas expressément adopté l'interprétation américaine, ses motifs indiquent qu'il s'en rapprochait considérablement. Par exemple, dans le paragraphe où il a suggéré qu'il y avait lieu d'appliquer la théorie de la fiducie par interprétation à la situation des Murdoch, le juge Laskin citait le professeur Scott et les motifs du juge Cardozo pour définir la théorie.

In *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, Mrs. Rathwell had made a direct financial contribution to the acquisition of the disputed farmland and the majority were content to use a resulting trust analysis to award a one-half interest to the wife. Dickson J. (as he then was) enlarged upon the concept of constructive trust. Writing for Laskin C.J. and Spence J., he held that Mrs. Rathwell could succeed on the basis of either a resulting trust or a constructive trust. At page 455, Dickson J. reiterated the equitable foundations of this doctrine and defined the requisite elements for a finding of constructive trust:

The constructive trust . . . comprehends the imposition of trust machinery by the court in order to achieve a result consonant with good conscience. As a matter of principle, the court will not allow any man unjustly to appropriate to himself the value earned by the labours of another. That principle is not defeated by the existence of a matrimonial relationship between the parties; but, for the principle to succeed, the facts must display an enrichment, a corresponding deprivation, and the absence of any juristic reason — such as a contract or disposition of law — for the enrichment.

The validity of the doctrine of constructive trust was accepted by a majority of this Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. In this decision Dickson J. extended the constructive trust principle to a common law relationship, awarding Mrs. Becker a one-half interest in the farmlands and a bee-keeping business developed by herself and Mr. Pettkus. Although the minority found a contribution of both money and labour sufficient to support a resulting trust, Dickson J., for the majority, emphasized that the trial judge had found no common intention and that the Ontario Court of Appeal had not overruled that finding. Dickson J. commented upon the artificiality and inadequacy of the resulting trust, quoting at p. 843, with approval, Professor Donovan Water's comment that the "discovery" of an implied common intention is a "mere vehicle or formula" for achieving equity, "a constructive trust approach masquerading as a resulting trust approach" (Waters (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 366, at p. 368). His reasons clearly demonstrate the

Dans l'affaire *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, M^{me} Rathwell avait fait une contribution financière directe à l'acquisition de la ferme en cause et les juges, à la majorité, se sont contentés d'utiliser une analyse fondée sur la fiducie par interprétation pour lui accorder le droit à la moitié des biens. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a étendu la notion de fiducie par interprétation. S'exprimant au nom du juge en chef Laskin et du juge Spence, il a conclu que M^{me} Rathwell pouvait avoir gain de cause en invoquant soit la fiducie par déduction soit la fiducie par interprétation. À la page 455, le juge Dickson a rappelé les fondements en *equity* de cette théorie et défini les éléments requis pour conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation:

La fiducie par interprétation [. . .] comporte l'imposition par le tribunal du mécanisme fiduciaire pour atteindre un résultat conforme à ce que dicte la conscience. En principe, le tribunal ne permettra pas à quelqu'un de s'approprier injustement des biens acquis par le travail d'un autre. Le lien du mariage entre les parties ne met pas en échec ce principe; mais pour qu'il l'emporte, les faits doivent démontrer un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique — tel un contrat ou une disposition légale — à l'enrichissement.

Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, notre Cour, à la majorité, a accepté la validité de la théorie de la fiducie par interprétation. Dans cet arrêt, le juge Dickson a étendu le principe de la fiducie par interprétation à une relation de fait, accordant à M^{me} Becker le droit à la moitié des terres agricoles et de l'exploitation apicole mise sur pied par elle-même et M. Pettkus. Bien que la minorité ait conclu à l'existence d'une contribution en argent et en travail suffisante pour justifier une fiducie par déduction, le juge Dickson, au nom de la majorité, a souligné que le juge de première instance avait conclu à l'absence d'intention commune et que la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas infirmé cette conclusion. Le juge Dickson a souligné le caractère artificiel et inadéquat de la fiducie par déduction, citant et approuvant, à la p. 843, le commentaire du professeur Donovan Waters que la «découverte» d'une intention commune implicite est un «simple moyen ou formule» pour rendre une décision équitable ou «une fiducie par interprétation qui se déguise en une fiducie par

broad and equitable nature of the remedial constructive trust and its applicability to any property dispute.

The importance of *Pettkus v. Becker* was emphasized in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. At page 471 Dickson C.J. stated:

The constructive trust has existed for over two hundred years as an equitable remedy for certain forms of unjust enrichment Until the decision of this Court in *Pettkus v. Becker*, the constructive trust was viewed largely in terms of the law of trusts, hence the need for the existence of a fiduciary relationship. In *Pettkus v. Becker*, the Court moved to an approach more in line with restitutionary principles by explicitly recognizing constructive trust as one of the remedies for unjust enrichment.

Subsequently, this Court has made it clear that the constructive trust remedy will also apply to circumstances where a spouse has contributed not to the acquisition of property but to its preservation, maintenance or improvement. In *Sorochan v. Sorochan*, *supra*, a woman was awarded an interest in a farm owned by her common law spouse of 42 years on the basis of the labour she had contributed over the years to preserving and maintaining the farm, performing domestic labour and raising the parties' six children. Dickson C.J., writing for a unanimous Court, reiterated the three-part test requiring an enrichment, a corresponding deprivation and the absence of any juristic reason therefor. In light of the particular facts of the case, he concentrated on defining the requirement for a causal connection between the deprivation and the property involved. He wrote at p. 50:

These cases reveal the need to retain flexibility in applying the constructive trust. In my view, the constructive trust remedy should not be confined to cases involving property acquisition. While it is important to require that some nexus exist between the claimant's deprivation and the property in question, the link need not always take the form of a contribution to the actual acquisition of the property. A contribution relating to the preservation, maintenance or improvement of prop-

déduction» (Waters (1975), 53 R. du B. can. 366, à la p. 368). Ses motifs indiquent clairement le caractère étendu et équitable du recours à la fiducie par interprétation et son applicabilité à tous les litiges portant sur les biens.

L'importance de l'arrêt *Pettkus c. Becker* a été soulignée dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426. À la page 471, le juge en chef Dickson a affirmé:

La fiducie par interprétation existe depuis plus de deux cents ans à titre de redressement en *equity* contre certaines formes d'enrichissement sans cause [. . .] Jusqu'à l'arrêt de cette Cour *Pettkus c. Becker*, la fiducie par interprétation était perçue surtout sous l'angle du droit des fiducies, d'où la nécessité d'une relation fiduciaire. Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, cette Cour a choisi d'adopter un point de vue plus conforme aux principes de restitution en reconnaissant explicitement que la fiducie par interprétation constitue l'un des redressements contre l'enrichissement sans cause.

Ultérieurement, notre Cour a clairement indiqué que la fiducie par interprétation comme recours s'appliquera également dans des circonstances où un conjoint a contribué non pas à l'acquisition du bien mais à sa conservation, à son entretien ou à son amélioration. Dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, précité, elle a accordé à une femme un droit dans la ferme appartenant à son conjoint de fait, avec lequel elle avait vécu 42 ans, en raison du travail qu'elle avait fourni au cours des ans pour conserver et entretenir la ferme, en exécutant des travaux domestiques et en élevant les six enfants des parties. Le juge en chef Dickson, au nom de la Cour unanime, a rappelé les trois volets du critère qui exigent un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique. Compte tenu des faits particuliers de l'affaire, il a porté son attention sur la définition de l'exigence d'un lien causal entre l'appauvrissement et le bien en cause. Il a écrit, à la p. 50:

Cette jurisprudence révèle la nécessité de souplesse dans l'application du principe de la fiducie par interprétation. Selon moi, le redressement qu'est la fiducie par interprétation ne doit pas être accordé uniquement dans les affaires où il y a eu acquisition de biens. Certes, il importe d'exiger un certain lien entre l'appauvrissement du requérant et les biens en cause, mais il n'est pas nécessaire que ce lien revête toujours la forme d'une contribution à l'acquisition comme telle des biens. Une

erty may also suffice. What remains primary is whether or not the services rendered have a "clear proprietary relationship", to use Professor McLeod's phrase. When such a connection is present, proprietary relief may be appropriate. Such an approach will help to ensure equitable and fair relief in the myriad of familial circumstances and situations where unjust enrichment occurs.

These cases show that in Canada the doctrine of remedial constructive trust has been accepted for almost a decade as an important remedial device whose prime function is to remedy situations of unjust enrichment. It is clear that at the time that the *Family Law Act, 1986* was enacted, the constructive trust was widely recognized as the pre-eminent common law remedy for ensuring the equitable division of matrimonial property. The validity and importance of the remedy designed, as it is, to achieve a measure of fairness between married persons and those in a marital relationship, must have been well known to the framers of the legislation. It would seem unlikely that they would, without a precise and specific reference, deprive parties of access to such an equitable remedy.

(b) *The Ensuing Legislation*

(i) *The Family Law Reform Act*

In *Rathwell v. Rathwell, supra*, Dickson J. had observed at p. 443 that "Canadian legislatures generally have given little or no guidance for the resolution of matrimonial property disputes". Within two years of that decision all nine common law provinces had enacted legislation aimed at the resolution of these disputes. *The Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2, was passed by the Ontario legislature in 1978. It provided for a division of family assets under s. 4 and created under s. 8 a statutory version of the constructive trust remedy. Section 8 granted courts a discretionary power to compensate spouses who did not have title to the property for contributions made towards the acquisition, maintenance or improvement of non-family assets.

contribution reliée à la préservation, à l'entretien ou à l'amélioration des biens peut également suffire. Il reste cependant que la question fondamentale est de savoir si les services rendus [TRADUCTION] «se rapportent clairement aux biens», pour reprendre l'expression du professeur McLeod. Lorsqu'un tel lien existe, il peut être approprié d'accorder un redressement foncier. Cette façon de procéder permettra d'assurer un redressement équitable et juste dans les nombreuses situations familiales où il y a enrichissement sans cause.

Ces arrêts indiquent qu'au Canada la théorie de la fiducie par interprétation est acceptée depuis près d'une décennie comme un important mécanisme de réparation dont la fonction première est de remédier aux situations d'enrichissement sans cause. Il est clair qu'à l'époque de l'adoption de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, la fiducie par interprétation était largement reconnue comme le recours par excellence, en common law, pour assurer le partage équitable des biens familiaux. La validité et l'importance du recours, tel qu'il était conçu pour parvenir à une certaine équité entre les personnes mariées et celles qui vivent dans une relation de fait, devaient être bien connues des rédacteurs de la loi. Il est peu probable qu'ils aient privé les parties du recours à cette réparation d'*equity* sans le mentionner de manière précise et spécifique.

b) *Les nouvelles lois*

(i) *La Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*

Dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, précité, le juge Dickson a souligné, à la p. 443, que «les législatures canadiennes ont généralement donné peu ou pas de directives permettant de résoudre les litiges en matière de biens matrimoniaux». Dans les deux années qui ont suivi cet arrêt, les neuf provinces de common law ont adopté des lois visant à résoudre ces litiges. Le législateur ontarien a adopté la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*, S.O. 1978, ch. 2. L'article 4 prévoyait le partage des biens familiaux et l'art. 8 une version législative du recours à la fiducie par interprétation. L'article 8 conférait aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de dédommager les conjoints non titulaires d'un droit de propriété pour leur apport à l'acquisition, à l'entretien et à l'amélioration des biens autres que familiaux.

Courts across Canada reached varied conclusions with regard to the relationship between the constructive trust doctrine and its statutory equivalent found in a number of provincial statutes. In *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102, J. Holland J. determined that a wife was entitled to a beneficial interest in her husband's property under both s. 8 and the constructive trust doctrine. He wrote at p. 115:

Following the passage of the *Family Law Reform Act, 1978*, the cases in this Province largely follow the dictates of the statute rather than trust concepts. It may be that the language employed in s. 8 bears close resemblance to that in *Rathwell*. However, I do not read s. 8 as removing from consideration the common law. The plaintiff may avail herself of the common law relating to constructive trust or the rights granted under s. 8.

In *Vedovato v. Vedovato* (1984), 39 R.F.L. (2d) 18, the British Columbia Supreme Court reached a similar decision with regard to its equivalent statutory provisions. Although the wife in that case was ultimately unsuccessful in raising a constructive trust, the court held at p. 21 that:

... a trust action can properly proceed independent of the Family Relations Act and even, as in this case, where the action with respect to family assets under the provincial legislation was dismissed.

On the other hand, in *Thoreson v. Thoreson* (1982), 137 D.L.R. (3d) 535, Cameron J.A., writing for the Saskatchewan Court of Appeal, stated at p. 544:

As thus modified by statute, the common law principles of trust were still available in limited circumstances but, in my opinion, their application in this case — particularly in view of the reach of the statutory discretion — was neither required, nor helpful.

The issue of the relationship between s. 8 of *The Family Law Reform Act, 1978* and the common law constructive trust doctrine was touched upon but not determined in this Court's decision in

Partout au Canada, les tribunaux sont parvenus à des conclusions diverses quant aux rapports entre la théorie de la fiducie par interprétation et son équivalent législatif dans certaines lois provinciales. Dans l'arrêt *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102, le juge J. Holland a conclu qu'une épouse avait droit à un intérêt bénéficiaire dans les biens de son époux tant en vertu de l'art. 8 que de la théorie de la fiducie par interprétation. Il a écrit, à la p. 115:

[TRADUCTION] À la suite de l'adoption de la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*, les décisions rendues dans cette province suivent en bonne partie les prescriptions de la loi plutôt que les notions applicables aux fiducies. Peut-être est-ce parce que les termes employés à l'art. 8 reprennent largement ceux de l'arrêt *Rathwell*. Cependant, je ne pense pas que l'art. 8 exclue l'examen de la common law. La demanderesse peut invoquer la common law applicable à la fiducie par interprétation ou les droits accordés en vertu de l'art. 8.

Dans *Vedovato v. Vedovato* (1984), 39 R.F.L. (2d) 18, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est parvenue à une décision semblable quant à des dispositions législatives analogues dans cette province. Bien que, dans cette affaire, l'épouse n'ait finalement pas eu gain de cause en invoquant la fiducie par interprétation, la cour a conclu, à la p. 21, que:

[TRADUCTION] ... une action fondée sur la fiducie peut très bien être intentée indépendamment de la *Family Relations Act* et même, comme en l'espèce, lorsque l'action portant sur les biens familiaux en vertu de la loi provinciale a été rejetée.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Thoreson v. Thoreson* (1982), 137 D.L.R. (3d) 535, le juge Cameron, au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a affirmé, à la p. 544:

[TRADUCTION] Dans leur forme modifiée par la loi, les principes de common law en matière de fiducies pouvaient encore être invoqués dans des circonstances restreintes mais, à mon avis, leur application en l'espèce — compte tenu particulièrement de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi — n'était ni nécessaire ni utile.

Dans l'arrêt *Leatherdale c. Leatherdale*, [1982] 2 R.C.S. 743, notre Cour a abordé, mais sans la trancher, la question du rapport entre l'art. 8 de la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial* et les

Leatherdale v. Leatherdale, [1982] 2 S.C.R. 743. In that case Mrs. Leatherdale had sought a division of non-family assets either under s. 8 of *The Family Law Reform Act, 1978* or alternatively on the basis of the doctrines of resulting or constructive trust. Laskin C.J., writing for the majority, expressly declined to decide whether the trust doctrines had survived the enactment of *The Family Law Reform Act, 1978*. He stated at p. 760:

It remains to say that the disposition made here on the basis of specific statutory provisions of the only assets that were in issue leaves no room to consider the application of constructive or resulting trusts. Whether these institutions survive *The Family Law Reform Act* in other circumstances need not be considered here.

Although it appears that the majority of provincial courts, including Ontario, found that a spouse could claim an interest in property either by means of a constructive claim or pursuant to the pertinent legislation, the issue was thus never resolved by this Court.

(ii) *The Family Law Act, 1986*

In 1986, the *Family Law Reform Act* was replaced by the *Family Law Act, 1986*. In contrast to s. 8 of the *Family Law Reform Act*, the provisions of the *Family Law Act, 1986*, did not attempt to duplicate the constructive trust remedy. Instead, the statute provided that all property should be equalized upon separation through the transfer of money from the title-holding or owning to the non-owning spouse.

Prior to this case the trial courts in Ontario have followed one of two approaches in deciding whether these equalization provisions implicitly abolish the use of the constructive trust in the matrimonial property context. The majority of the decisions followed the reasoning of Walsh J. in the case at bar even before it was affirmed by the Ontario Court of Appeal: see *Seed v. Seed* (1986), 5 R.F.L. (3d) 120; *Leslie v. Leslie and Clyde* (1987), 9 R.F.L. (3d) 82; *Cowan v. Cowan* (1987), 9 R.F.L. (3d) 401, and *Re Corless and Corless*

théories de common law sur la fiducie par interprétation. Dans cette affaire, M^{me} Leatherdale demandait le partage des biens autres que familiaux soit en vertu de l'art. 8 de la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial* soit, subsidiairement, en vertu des doctrines de la fiducie par déduction ou par interprétation. Le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, a refusé expressément de décider si les théories de la fiducie avaient survécu à l'adoption de la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*. Il a affirmé, à la p. 760:

Il me reste à dire que la distribution des seuls biens en cause sur le fondement de dispositions de la Loi ne laisse donc pas de place à l'analyse de l'applicabilité des notions de fiducie virtuelle ou de fiducie présumée. Point n'est besoin en l'espèce de déterminer si, dans d'autres circonstances, ces institutions survivent à la *Loi sur la réforme du droit familial*.

Bien que la majorité des tribunaux provinciaux y compris ceux de l'Ontario, paraissent avoir conclu qu'un conjoint peut revendiquer un droit dans un bien soit en vertu d'une fiducie par interprétation soit en vertu de la loi applicable, notre Cour ne s'est ainsi jamais prononcée sur la question.

(ii) *La Loi de 1986 sur le droit de la famille*

En 1986, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* a remplacé la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Contrairement à l'art. 8 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* ne tentaient pas de reproduire le recours fondé sur la fiducie par interprétation. La loi prévoyait plutôt l'égalisation de tous les biens lors de la séparation au moyen d'un transfert d'argent effectué par le titulaire du titre ou le propriétaire en faveur du conjoint non propriétaire.

Avant la présente affaire, les tribunaux de première instance en Ontario ont suivi une de deux interprétations pour décider si ces dispositions sur l'égalisation abolissaient implicitement le recours à la fiducie par interprétation dans le contexte du partage des biens matrimoniaux. Dans la majorité des décisions, les tribunaux ont suivi le raisonnement du juge Walsh en l'espèce avant même que sa décision soit confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario: voir *Seed v. Seed* (1986), 5 R.F.L. (3d) 120; *Leslie v. Leslie and Clyde* (1987), 9 R.F.L.

(1987), 58 O.R. (2d) 19. This approach was rejected, however, in two lower court decisions: *Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58, and *Leonard v. Leonard*, [1987] O.J. No. 1488, unreported.

The reasoning set forth in the *Benke* decision was adopted by the appellant. In that case, the wife had claimed an interest in her husband's farm on resulting or constructive trust principles. The trial judge denied her claim, holding that the constructive trust could not be applied in the context of the *Family Law Act, 1986* and that the facts did not support a finding of resulting trust. In his opinion, the *Family Law Act, 1986* fully addressed the question of unjust enrichment between spouses by providing for monetary equalization based on the value of property at the time of separation. As he stated at p. 78:

What Laskin J. (in Murdoch) declared to be "the better way" is now in place. The less adequate way was the doctrine of constructive trusts, and that less adequate way should no longer be available to, in effect, change the date of valuation whenever, either because of deflation or inflation, it suits the interests of one of the spouses to seek to advance it. If, in the total scheme of things, some injustice continues, it will be an injustice that arises from the application of an act of the legislature, and it will be for the legislature to correct it.

This position has been criticized. As Professor James McLeod comments in his Annotation to *Benke v. Benke*, at p. 60:

In the end, cases such as *Benke v. Benke* . . . reflect an unwillingness on the part of the judiciary to investigate the realities of a relationship. It is easier to strictly apply an equal division in all cases than to determine whether such division is fair to the particular parties. It is easier, but is it fair?

I prefer the approach taken by Walsh J. and the Ontario Court of Appeal. In my view, far from abolishing the constructive trust doctrine, the *Family Law Act, 1986* incorporates the constructive trust remedy as an integral part of the process

(3d) 82; *Cowan v. Cowan* (1987), 9 R.F.L. (3d) 401 et *Re Corless and Corless* (1987), 58 O.R. (2d) 19. Cette interprétation a cependant été rejetée dans deux décisions de juridictions inférieures: *a Benke v. Benke* (1986), 4 R.F.L. (3d) 58, et *Leonard v. Leonard*, [1987] O.J. No. 1488, inédite.

L'appelant a retenu le raisonnement suivi dans la décision *Benke*. Dans cette affaire, l'épouse avait revendiqué un intérêt dans l'exploitation agricole du mari en invoquant les principes de la fiducie par déduction ou par interprétation. Le juge de première instance a rejeté sa demande, concluant que la fiducie par interprétation ne pouvait s'appliquer dans le contexte de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* et que les faits ne permettaient pas de conclure à l'existence d'une fiducie par déduction. À son avis, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* avait définitivement réglé la question de l'enrichissement sans cause entre les conjoints en prévoyant l'égalisation par le paiement d'un montant fixé en fonction de la valeur des biens à l'époque de la séparation. Il a affirmé à la p. 78:

[TRADUCTION] Ce que le juge Laskin (dans l'arrêt Murdoch) a dit être «le meilleur moyen» existe maintenant. Le moyen moins approprié était la théorie des fiducies par interprétation et ce moyen moins approprié ne devrait plus être invoqué pour changer dans les faits la date d'évaluation lorsque, en raison de la déflation ou de l'inflation, il est dans l'intérêt d'un conjoint de l'invoquer. Si, dans ce régime global, il subsiste une certaine injustice, cette injustice découle de l'application d'une loi du législateur et il lui appartient de la corriger.

Cette position a été critiquée. Comme le professeur James McLeod le fait remarquer dans ses commentaires sur la décision *Benke v. Benke*, à la p. 60:

[TRADUCTION] Finalement, des décisions comme *Benke v. Benke* [. . .] font état du refus de la magistrature d'examiner les réalités d'une relation. Il est plus facile d'appliquer strictement un partage égal dans tous les cas que de déterminer si ce partage est juste à l'égard des parties en cause. C'est plus facile, mais est-ce juste?

Je préfère l'interprétation du juge Walsh et de la Cour d'appel de l'Ontario. À mon avis, loin d'abroger la théorie de la fiducie par interprétation, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* fait du recours à la fiducie par interprétation une

of ownership determination and equalization established by that Act.

Provisions of the *Family Law Act, 1986* Which Indicate That the Constructive Trust Doctrine Should Continue to Play a Role in Determining the Assets of Spouses and Their Division

It is trite but true to state that as a general rule a legislature is presumed not to depart from prevailing law “without expressing its intentions to do so with irresistible clearness” (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614). But even aside from this presumption, when the structure of the *Family Law Act, 1986* is examined and the ramifications of a number of its provisions are studied, it becomes apparent that the Act recognizes and accommodates the remedial constructive trust.

At the outset, the Act’s preamble recognizes not only the need for the “orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses”, but also “the equal position of spouses as individuals within marriage” and the fact that marriage is a “form of partnership”. These fundamental objectives are furthered by the use of the constructive trust remedy in appropriate circumstances. It provides a measure of individualized justice and fairness which is essential for the protection of marriage as a partnership of equals. Thus the preamble itself is sufficient to warrant the retention and application of this remedy.

In addition, various provisions of the Act lead to the same conclusion.

(a) *Sections 4 and 5*

Sections 4 and 5 of the *Family Law Act, 1986* create a two-step property division process that emphasizes the distinction between the determination of legal and equitable ownership and the equalization of net family property. These sections require a court first to determine individual “ownership piles” and then to equalize the spouses’ assets by ordering the spouse with the larger ownership pile to pay money to the spouse with the smaller pile.

partie intégrante du processus de détermination du droit de propriété et d’égalisation établi par cette loi.

Les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* indiquant que la théorie de la fiducie par interprétation devrait continuer à jouer un rôle pour déterminer et partager les biens des conjoints

Il est banal mais juste d’affirmer qu’en règle générale le législateur est présumé ne pas s’écarter du droit existant [TRADUCTION] «sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire» (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614). Mais même sans cette présomption, lorsqu’on examine l’économie de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* et les ramifications d’un certain nombre de ses dispositions, il devient clair que la Loi visait à reconnaître et à rendre applicable le recours à la fiducie par interprétation.

La Loi, dans son préambule, reconnaît non seulement le besoin d’un «règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints» mais aussi «l’égalité des conjoints dans le mariage» et le fait que le mariage est une «société». Le recours à la fiducie par interprétation permet aussi, dans les circonstances appropriées, la réalisation de ces objectifs fondamentaux. Elle fournit une certaine mesure de justice et d’équité individualisées, essentielle à la protection du mariage comme forme de société entre égaux. En conséquence, le préambule justifierait à lui seul de retenir et continuer d’appliquer ce recours.

De plus, diverses autres dispositions de la Loi mènent à la même conclusion.

a) *Les articles 4 et 5*

Les articles 4 et 5 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* établissent un processus de partage des biens en deux temps qui fait ressortir la distinction entre la détermination de la propriété en common law et en *equity* et l’égalisation des biens familiaux nets. Ces articles exigent que le tribunal établisse d’abord la liste des biens dont chaque conjoint est seul propriétaire et procède ensuite à l’égalisation des biens des conjoints en ordonnant à celui qui en a le plus de verser une somme à celui qui en a le moins.

Before property can be equalized under s. 5 of the *Family Law Act, 1986*, a court is required by s. 4 to determine the “net family property” of each spouse. Under section 4(1) this is defined as “the value of all property . . . that a spouse owns on the valuation date”. “Property” is defined in the same subsection as “any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property”. This all-encompassing definition is wide enough to include not only legal but beneficial ownership. The appellant has conceded that “property” as defined under s. 4(1) includes a beneficial interest arising from an express or resulting trust. I see no reason why the remedial constructive trust should not be included in the list of equitable principles or remedies that may be used to calculate the beneficial ownership of net family property.

It is important in this respect to keep in mind that a property interest arising under a constructive trust can be recognized as having come into existence not when the trust is judicially declared but from the time when the unjust enrichment first arose. As Professors Oosterhoff and Gillese state, “the date at which a constructive trust arises . . . is now generally accepted to be the date upon which a duty to make restitution occurs” (Oosterhoff and Gillese, *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts* (3rd ed. 1987), at p. 579). Professor Scott has stated in *Law of Trusts*, *op. cit.*, at pp. 323-24, that:

The beneficial interest in the property is from the beginning in the person who has been wronged. The constructive trust arises from the situation in which he is entitled to the remedy of restitution, and it arises as soon as that situation is created. . . . It would seem that there is no foundation whatever for the notion that a constructive trust does not arise until it is decreed by a court. It arises when the duty to make restitution arises, not when that duty is subsequently enforced.

Avant de pouvoir égaliser les biens en vertu de l'art. 5 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, un tribunal doit, en vertu de l'art. 4, déterminer les «biens familiaux nets» de chaque conjoint. En vertu du par. 4(1), cette expression est définie comme la «Valeur de tous les biens [. . .] dont le conjoint est le propriétaire à la date d'évaluation». «Bien» est défini dans le même paragraphe comme un «Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble». Cette définition générale est assez vaste pour inclure non seulement la propriété en common law mais aussi la propriété bénéficiaire. L'appelant a reconnu que le terme «bien», tel qu'il est défini au par. 4(1), comprend un intérêt bénéficiaire résultant d'une fiducie expresse ou par déduction. Je ne vois aucune raison de ne pas inclure le recours à la fiducie par interprétation dans la liste des principes ou réparations en *equity* qui peuvent être utilisés pour établir la propriété bénéficiaire de biens familiaux nets.

À cet égard, il est important de ne pas oublier qu'un droit sur un bien découlant d'une fiducie par interprétation peut être reconnu comme ayant pris naissance non pas au moment de la déclaration judiciaire de la fiducie mais dès le moment où est survenu l'enrichissement sans cause. Comme les professeurs Oosterhoff et Gillese l'affirment, [TRADUCTION] «il est maintenant généralement accepté que la date à laquelle une fiducie par interprétation prend naissance est la date à laquelle une obligation de restitution survient» (Oosterhoff and Gillese, *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts* (3^e éd. 1987), à la p. 579). Le professeur Scott a affirmé dans son ouvrage *Law of Trusts*, *op. cit.*, aux pp. 323 et 324, que:

[TRADUCTION] L'intérêt bénéficiaire dans le bien appartient dès le départ à la personne lésée. La fiducie par interprétation découle de la situation dans laquelle la personne a droit à la restitution et elle prend naissance dès que la situation existe [. . .] Il semblerait n'y avoir aucun fondement à la notion qu'une fiducie par interprétation n'existe qu'au moment où le tribunal le déclare. Elle existe lorsque l'obligation de restitution prend naissance, non pas lorsque cette obligation est rendue exécutoire ultérieurement.

I agree completely with the position taken on this issue by the authors of these helpful texts.

As well in *Hussey v. Palmer*, *supra*, at p. 1290 (quoted by Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell*, *supra*, at p. 455), Lord Denning M.R. noted that a constructive trust “may arise at the outset when the property is acquired, or later on, as the circumstances may require”. As a result, even if it is declared by a court after the parties have already separated, a constructive trust can be deemed to have arisen when the duty to make restitution arose. It should therefore be considered as part of the property owned by the beneficiary at valuation date.

It must be emphasized that the constructive trust is remedial in nature. If the Court is asked to grant such a remedy and determines that a declaration of constructive trust is warranted, then the proprietary interest awarded pursuant to that remedy will be deemed to have arisen at the time when the unjust enrichment first occurred. But, as Professor Scott makes clear, the fact that the proprietary interest is deemed to have arisen before the remedy was granted is not inconsistent with the remedial characteristics of the doctrine.

The distinction between a share in ownership and a share in property value through an equalizing transfer of money is more than an exercise in judicial formalism. This distinction not only follows the two-step structure of the *Family Law Act, 1986* but reflects conceptual and practical differences between ownership and equalization. Ownership encompasses far more than a mere share in the value of property. It includes additional legal rights, elements of control and increased legal responsibilities. In addition, it may well provide psychological benefits derived from pride of ownership. Where the property at issue is one to which only one spouse has contributed, it is appropriate that the other spouse receive only an equalizing transfer of money. But where both spouses have contributed to the acquisition or maintenance of the property, the spouse who does not hold legal title should be able to claim an interest in that property by way of a constructive trust and realize

Je suis tout à fait d'accord sur ce point avec l'opinion des auteurs de ces textes utiles.

Ainsi, dans l'arrêt *Hussey v. Palmer*, précité, à la p. 1290 (cité par le juge Dickson dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, précité, à la p. 455), lord Denning, maître des rôles, a souligné qu'une fiducie par interprétation [TRADUCTION] «peut naître dès le début, dès l'achat du bien, ou plus tard selon les circonstances». Par conséquent, même si la cour en déclare l'existence après la séparation des parties, une fiducie par interprétation peut être réputée avoir existé dès que l'obligation de restitution a pris naissance. On devrait donc considérer qu'elle fait partie des biens appartenant au bénéficiaire à la date d'évaluation.

Il faut souligner le caractère réparateur de la fiducie par interprétation. Si on demande à la Cour cette forme de réparation et que la Cour décide qu'une déclaration de fiducie par interprétation se justifie, le droit sur la propriété accordé de cette manière est réputé avoir pris naissance dès que l'enrichissement sans cause est survenu. Cependant, comme le dit clairement le professeur Scott, le fait que le droit sur la propriété est réputé exister avant que la réparation soit accordée n'est pas incompatible avec le caractère réparateur de la théorie.

La distinction entre une part dans la propriété et une part dans la valeur du bien au moyen d'un transfert d'argent par égalisation est plus qu'un exercice de formalisme judiciaire. La distinction ne découle pas seulement du processus en deux étapes de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* mais dénote des différences conceptuelles et pratiques entre le droit de propriété et l'égalisation. Le droit de propriété comprend beaucoup plus qu'une simple part dans la valeur du bien. Il comprend d'autres droits, des éléments de contrôle et des obligations juridiques plus importantes. En outre, il peut procurer des avantages psychologiques qui découlent de la fierté d'être propriétaire. Lorsque le bien en cause est un bien auquel un seul conjoint a contribué, il est juste que l'autre conjoint reçoive uniquement la somme provenant de l'égalisation. Mais lorsque les deux conjoints ont contribué à l'acquisition ou à l'entretien du bien, le conjoint non titulaire du titre de propriété devrait pouvoir

the benefits that ownership may provide. The imposition of a constructive trust recognizes that the titled spouse is holding property that has been acquired, at least in part, through the money or effort of another. The non-titled spouse's constructive trust interest in this property is distinct from the right to an equalizing share of property value that is derived not from an independent property right but from the status as a married person.

(b) *Section 5(6)*

Section 5(6) of the *Family Law Act, 1986* allows a court to "award a spouse an amount that is more or less than half the difference between the net family properties if the court is of the opinion that equalizing the net family properties would be unconscionable". The Court of Appeal observed that if a post-valuation date increase or decrease in property values is significant enough to render a simple equalization unconscionable, a court might utilize s. 5(6) to remedy the resultant inequities. I need not and do not express any opinion as to whether s. 5(6) could be used in that way or whether the Court of Appeal's observation is correct. I have assumed solely for the purposes of argument that s. 5(6) might be available in some cases as an alternative remedy for dealing with post-valuation date changes in value. Even so, the section does not have the effect of supplanting the constructive trust remedy. The constructive trust is used in the matrimonial property context to allocate proprietary interests, a function that is totally distinct from the process of determining how the value of matrimonial property should be distributed under the equalization process.

Under the Act a court is, as a first step, required to determine the ownership interests of the spouses. It is at that stage that the court must deal with and determine the constructive trust claims. The second step that must be taken is to perform

revendiquer un droit sur le bien au moyen de la fiducie par interprétation et profiter des avantages que le droit de propriété peut apporter. L'imposition d'une fiducie par interprétation reconnaît que l'époux titulaire détient le bien dont l'acquisition s'est faite, au moins en partie, au moyen de sommes d'argent ou d'efforts fournis par une autre personne. Le droit sur ce bien que la fiducie par interprétation confère au conjoint non titulaire est distinct du droit à une part égalisée dans la valeur du bien, qui découle non pas d'un droit de propriété indépendant mais du statut de personne mariée.

^c b) *Le paragraphe 5(6)*

Selon le par. 5(6) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, un tribunal peut «accorder à un conjoint un montant qui est inférieur ou supérieur à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à chacun des conjoints si le tribunal est d'avis que l'égalisation des biens familiaux nets serait inadmissible». La Cour d'appel a fait observer que si le déplacement de la date d'évaluation entraîne une augmentation ou une diminution de la valeur des biens qui est suffisamment importante pour rendre une simple égalisation inadmissible, un tribunal pourrait utiliser le par. 5(6) pour corriger les inégalités qui en résultent. Comme cela n'est pas nécessaire, je n'exprime aucune opinion quant à savoir si le par. 5(6) pourrait être utilisé de cette manière ou si l'observation de la Cour d'appel est exacte. Je prends pour acquis, aux seules fins du débat, que le par. 5(6) pourrait être utilisé dans certains cas comme autre recours lorsque le déplacement de la date d'évaluation change la valeur du bien. Même dans cette hypothèse, il n'a pas pour effet de supplanter le recours à la fiducie par interprétation. La fiducie par interprétation est utilisée en matière matrimoniale pour répartir les droits sur les biens, un rôle qui est tout à fait distinct de celui de déterminer comment répartir la valeur des biens familiaux dans le processus d'égalisation.

En vertu de la Loi, le tribunal doit d'abord déterminer les droits de propriété des conjoints. C'est à cette étape que le tribunal doit examiner et trancher les demandes relatives aux fiducies par interprétation. La deuxième étape consiste à faire

the equalization calculations. Once this is done, a court must assess whether, given the facts of the particular case, equalization is unconscionable. The section 5(6) analysis, even if it could be considered, would be a third step — a last avenue of judicial discretion which might be used in order to bring a measure of flexibility to the equalization process. This step in the process, if it could be used, would have to be kept distinct from the preliminary determinations of ownership.

(c) *Section 10*

Section 10 of the *Family Law Act, 1986* reinforces the Act's emphasis on the importance of individual ownership, even within a regime of deferred sharing. This section allows a spouse to apply to a court to determine a question of ownership or possession prior to equalization, and thus to assert some degree of control over matrimonial property during cohabitation. Section 10(1) provides that:

10.—(1) A person may apply to the court for the determination of a question between that person and his or her spouse or former spouse as to the ownership or right to possession of particular property, other than a question arising out of an equalization of net family properties under section 5, and the court may,

- (a) declare the ownership or right to possession;
- (b) if the property has been disposed of, order payment in compensation for the interest of either party;
- (c) order that the property be partitioned or sold for the purpose of realizing the interests in it; and
- (d) order that either or both spouses give security, including a charge on property, for the performance of an obligation imposed by the order,

and may make ancillary orders or give ancillary directions.

The creation under s. 10 of a proprietary remedy that can be commenced during cohabitation provides further evidence that the Ontario legislature could not have intended the provisions of the *Family Law Act, 1986* to completely super-

les calculs d'égalisation. Après cela, le tribunal doit décider si, compte tenu des faits particuliers de l'affaire, l'égalisation est inadmissible. L'analyse en vertu du par. 5(6) — si elle pouvait être envisagée — constituerait donc une troisième étape, une dernière possibilité d'utiliser le pouvoir discrétionnaire du tribunal pour apporter une certaine souplesse au processus d'égalisation. Cette étape du processus si elle pouvait être utilisée devrait toujours être distincte des décisions préliminaires concernant la propriété.

c) *L'article 10*

L'article 10 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* renforce l'accent qui est mis dans la Loi sur l'importance du droit de propriété individuel, même à l'intérieur d'un régime de partage différé. Cet article permet à un conjoint de demander au tribunal de régler une question relative à la propriété ou au droit à la possession avant l'égalisation, et donc de faire valoir un certain degré de contrôle sur les biens familiaux pendant la cohabitation. Le paragraphe 10(1) prévoit que:

10.—(1) Une personne peut, par voie de requête contre le conjoint ou l'ancien conjoint, demander au tribunal de régler une question relative à la propriété ou au droit à la possession d'un bien précis, à l'exception d'une question résultant de l'égalisation des biens familiaux nets en vertu de l'article 5. Le tribunal peut prendre les mesures suivantes:

- a) déclarer qui est propriétaire du bien ou a droit à sa possession;
- b) si le bien a été aliéné, ordonner un versement compensatoire;
- c) ordonner le partage ou la vente du bien en vue de la réalisation des droits des parties;
- d) ordonner que les conjoints ou l'un d'eux donnent une sûreté, y compris une charge sur un bien, pour garantir l'exécution de l'obligation qu'impose l'ordonnance.

Le tribunal peut aussi rendre des ordonnances ou donner des directives accessoires.

L'établissement en vertu de l'art. 10 d'un recours en matière de propriété qui peut être utilisé pendant la cohabitation est une preuve supplémentaire que le législateur ontarien ne pouvait vouloir que les dispositions de la *Loi de 1986 sur le*

sede the remedial constructive trust. Section 10 enables non-titled spouses to assert control over matrimonial property during cohabitation to the extent that their beneficial interests entitle them to do so. Even if the appellant's argument that the *Family Law Act, 1986* equalization provisions replace the constructive trust remedy were to be accepted, this would not prevent a deserving spouse from obtaining a declaration of constructive trust in his or her spouse's property during cohabitation pursuant to s. 10. Certainly such an application will not necessarily be followed by separation and equalization of property.

Since a spouse can thus obtain a constructive trust remedy prior to separation, it would be inconsistent to deny a spouse the same remedy when it is sought after a separation. To take such a position would encourage spouses to apply for a constructive trust interest early in a marriage, perhaps thereby creating unnecessary marital stress, fostering costly litigation and penalizing those spouses who waited until separation to enforce their common law rights. It is unlikely that the legislature intended a spouse's rights to depend on whether or not a constructive trust had been declared before or after the separation.

(d) *Section 14*

Section 14 contains the *Family Law Act, 1986*'s only explicit reference to trust doctrine. It provides that:

14. The rule of law applying a presumption of a resulting trust shall be applied in questions of the ownership of property between husband and wife, as if they were not married, except that,

- (a) the fact that property is held in the name of spouses as joint tenants is *prima facie* proof that the spouses are intended to own the property as joint tenants; and

droit de la famille supplantent complètement le recours à la fiducie par interprétation. L'article 10 permet aux conjoints non titulaires de faire valoir un droit sur les biens familiaux pendant la cohabitation dans la mesure où leurs intérêts bénéficiaires le leur permettent. Même si l'on acceptait l'argument de l'appelant que les dispositions de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* sur l'égalisation remplacent le recours à la fiducie par interprétation, cela n'empêcherait pas un conjoint qui y a droit d'obtenir en vertu de l'art. 10 une déclaration de fiducie par interprétation à l'égard des biens de son conjoint pendant la cohabitation. Il est certain qu'une telle demande ne sera pas nécessairement suivie du partage et de l'égalisation des biens.

Puisqu'un conjoint peut ainsi invoquer la fiducie par interprétation avant la séparation, il serait illogique de priver un conjoint du même recours lorsque la demande en est faite après la séparation. Adopter une telle interprétation inciterait les conjoints à demander la reconnaissance d'une fiducie par interprétation au début d'un mariage, ce qui créerait peut-être alors une tension inutile dans le mariage, encouragerait des litiges coûteux et pénaliserait les conjoints qui ont attendu jusqu'à la séparation pour faire reconnaître leurs droits de common law. Il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de faire dépendre les droits d'un conjoint du fait que la fiducie par interprétation a été reconnue ou non avant ou après la séparation.

⁸ d) *L'article 14*

L'article 14 est la seule disposition de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* qui mentionne explicitement la théorie de la fiducie. Il prévoit que:

14. La règle de droit appliquant une présomption de fiducie au profit éventuel de son auteur s'applique aux questions relatives à la propriété d'un bien entre les deux conjoints comme s'ils n'étaient pas mariés, sous réserve des exceptions suivantes:

- a) le fait qu'un bien soit détenu au nom des conjoints en copropriété avec gain de survie constitue une preuve *prima facie* que les conjoints ont l'intention d'avoir un tel droit de propriété sur ce bien;

(b) money on deposit in the name of both spouses shall be deemed to be in the name of the spouses as joint tenants for the purposes of clause (a).

b) pour l'application de l'alinéa a), les dépôts au nom des deux conjoints sont réputés des dépôts de copropriétaires avec gain de survie.

The appellant argues that the provisions of s. 14 expressly preserve the doctrine of resulting trust and by implication abolish all other non-express trusts. I cannot accept that contention. Section 14 is, I believe, intended not to specifically preserve but rather to modify the resulting trust doctrine as it applies in the context of the *Family Law Act, 1986*. If anything, the combination of these modifying provisions and the legislature's silence on the subject of remedial constructive trust supports the view that the constructive trust is maintained in an unmodified form.

(e) *Section 64(2)*

Section 64 of the *Family Law Act, 1986* provides that:

64.—(1) For all purposes of the law of Ontario, a married person has a legal personality that is independent, separate and distinct from that of his or her spouse.

(2) A married person has and shall be accorded legal capacity for all purposes and in all respects as if he or she were an unmarried person and, in particular, has the same right of action in tort against his or her spouse as if they were not married.

(3) The purpose of subsections (1) and (2) is to make the same law apply, and apply equally, to married men and married women and to remove any difference in it resulting from any common law rule or doctrine.

Although the necessary purpose of this section, as stated in subs. (3), is to equalize the legal rights of married men and married women, subs. (2) expressly declares that married persons shall have the same legal capacities as unmarried persons. Ever since this Court's decision was rendered in *Pettkus v. Becker, supra*, it has been clear that the constructive trust remedy can be utilized by unmarried cohabitants. It would not only be inequitable, but would also contravene the provisions of s. 64(2) if married persons were precluded by the *Family Law Act, 1986* from utilizing the doc-

L'appellant soutient que les dispositions de l'art. 14 préservent expressément la théorie de la fiducie par déduction et abrogent implicitement toutes les autres fiducies non expresses. Je ne peux accepter cette prétention. J'estime que l'art. 14 a pour but non pas de préserver spécifiquement mais plutôt de modifier la théorie de la fiducie par déduction dans son application sous le régime de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*. Au contraire, l'effet combiné de ces dispositions modificatives et du silence du législateur sur le recours à la fiducie par interprétation confirmerait plutôt l'opinion que la fiducie par interprétation est maintenue sans modification.

e) *Le paragraphe 64(2)*

L'article 64 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit que:

64.—(1) Pour l'application de la loi de l'Ontario, il est reconnu à chaque personne mariée une personnalité juridique indépendante, séparée et distincte de celle de son conjoint.

(2) Il est reconnu à la personne mariée la même capacité juridique à toute fin et en toute matière que si elle n'était pas mariée. Elle possède notamment le même droit d'action délictuelle contre son conjoint que s'ils n'étaient pas mariés.

(3) Les paragraphes (1) et (2) visent à soumettre aux mêmes règles juridiques, en toute égalité, les hommes mariés et les femmes mariées, en écartant toute différence consacrée par les règles ou la doctrine de la *common law*.

Bien que l'objet évident de cet article, comme l'indique le paragraphe (3), est d'affirmer l'égalité des droits des hommes mariés et des femmes mariées, le par. 64(2) reconnaît expressément aux personnes mariées la même capacité juridique qu'aux personnes non mariées. Depuis l'arrêt *Pettkus v. Becker*, précité, de notre Cour, il est clair que le recours à la fiducie par interprétation peut être utilisé par des personnes qui cohabitent sans être mariées. Il serait non seulement inéquitable mais également contraire aux dispositions du par. 64(2) de priver, en vertu de la *Loi de 1986 sur le*

trine of remedial constructive trust which is available to unmarried persons.

Conclusion

The review of the cases decided by this Court from *Murdoch v. Murdoch, supra*, to *Sorochan v. Sorochan, supra*, demonstrates the importance that has been attached to the use of the remedy of constructive trust to achieve a division of property that is as just and equitable as possible. A marital relationship is founded on love and trust. It brings together two people who strive and sacrifice to attain common goals for the benefit of both partners. When it is terminated and acquired assets are to be divided, then in this of all relationships the concept of fairness should predominate in making decisions as to ownership. This was the fundamental equitable principle underlying the application of the constructive trust remedy to matrimonial cases. Where the application of the principle would achieve the goal of fairness it should not be discarded unless the pertinent legislation makes it clear that the principle is to be disregarded.

The *Family Law Act, 1986* does not constitute an exclusive code for determining the ownership of matrimonial property. The legislators must have been aware of the existence and effect of the constructive trust remedy in matrimonial cases when the Act was proposed. Yet neither by direct reference nor by necessary implication does the Act prohibit the use of the constructive trust remedy. Indeed, the foregoing review of the provisions of the Act supports the view that the constructive trust remedy is to be maintained. The Act's two-step structure and its individual provisions indicate that the constructive trust remedy still has an important role to play in the determination of matrimonial property disputes in Ontario. The application of the remedy in the context of the *Family Law Act, 1986* can achieve a fair and just result. It enables the courts to bring that treasured and essential measure of individualized justice and fairness to the more generalized process of equalization provided by the Act. That

droit de la famille, les personnes mariées du recours à la théorie de la fiducie par interprétation qui est offert aux personnes non mariées.

Conclusion

L'examen de la jurisprudence de notre Cour de l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*, précité, jusqu'à l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, précité, démontre l'importance accordée à l'utilisation de la fiducie par interprétation pour effectuer un partage des biens qui soit le plus juste et le plus équitable possible. Le mariage est fondé sur l'amour et la confiance. Il unit deux personnes prêtes à des efforts et à des sacrifices pour réaliser des projets communs qui profiteront aux deux. Lorsqu'il prend fin et que les biens acquis doivent être partagés, c'est alors dans cette relation plus que dans toute autre que la notion d'équité doit prévaloir dans les décisions relatives au droit de propriété. C'est là le principe fondamental d'*equity* qui sous-tend l'application de la fiducie par interprétation dans les affaires matrimoniales. Lorsque l'application du principe permet d'atteindre l'équité recherchée, il ne doit pas être écarté à moins qu'une loi pertinente ne dise clairement qu'il doit l'être.

La *Loi de 1986 sur le droit de la famille* ne constitue pas un code exclusif pour déterminer le droit de propriété dans les biens familiaux du mariage. Le législateur devait être au courant de l'existence et de l'effet de la fiducie par interprétation dans les affaires matrimoniales lorsque la Loi a été déposée. La Loi n'interdit cependant pas, ni par mention expresse ni par déduction nécessaire, le recours à la fiducie par interprétation. En fait, l'examen qui précède des dispositions de la Loi confirme l'opinion que le recours à la fiducie par interprétation doit être conservé. Le processus en deux temps établi par la Loi et ses dispositions individuelles indiquent que la fiducie par interprétation a encore un rôle important à jouer dans les litiges concernant le partage des biens familiaux en Ontario. L'utilisation de ce recours dans le contexte de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* permet d'atteindre un résultat juste et équitable. Il permet aux tribunaux d'incorporer cette mesure précieuse et essentielle de justice et d'équité individuelles dans le processus plus général d'égalisation prévu par la Loi. Cette équité vitale s'obtient par

vital fairness is achieved by means of a constructive trust remedy and recognition of ownership.

In this case fairness requires that the dedication and hard work of Jacqueline Rawluk in acquiring and maintaining the properties in issue be recognized. The equitable remedy of constructive trust was properly applied.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

The reasons of La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—

I. Introduction

This case raises the issue of the balance between constructive trust as a remedy for unjust enrichment and statutory schemes for the division of matrimonial property.

The facts may be briefly stated. Mr. and Mrs. Rawluk were married in 1955 and lived and worked together for twenty-nine years. They had a farm and a farm equipment sales and service business. In the early years, the wife cared for the three children and looked after farm chores. By the early 1960s, she was also assisting with customers in the shop of the farm implement business. In 1969, when this business moved to the home farm, the wife assumed a major role in its operation. In addition to operating the parts department, she did all the bookkeeping and most of the invoicing and banking. With all this, she maintained her involvement in all aspects of the farming operation. There can be no doubt as to Mrs. Rawluk's contribution to the assets the parties acquired during the marriage.

Those assets consisted mainly of real estate. At the time of separation in 1984, the Rawluks held a number of properties, all but one of which were registered in the name of the husband. In the years between separation and the trial of the action, the value of these properties increased dramatically.

le recours à la fiducie par interprétation et par la reconnaissance de la propriété.

En l'espèce, l'équité exige que le dévouement et le dur labeur de Jacqueline Rawluk dans l'acquisition et l'entretien des biens en question soient reconnus. La fiducie par interprétation comme réparation en *equity* a été correctement appliquée.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

Ce pourvoi soulève la question de l'équilibre entre la fiducie par interprétation comme recours contre l'enrichissement sans cause et les dispositions législatives applicables au partage des biens familiaux.

Les faits peuvent être résumés brièvement. M. et M^{me} Rawluk se sont mariés en 1955 et ont travaillé et vécu ensemble pendant 29 ans. Ils possédaient une exploitation agricole ainsi qu'une entreprise de service de ventes et d'après-vente de matériel agricole. Au cours des premières années du mariage, l'épouse a pris soin des trois enfants et s'est chargée des travaux de la ferme. Au début des années 60, elle s'occupait également des clients de l'entreprise de matériel agricole. En 1969, lorsqu'ils ont déménagé cette entreprise sur la ferme familiale, l'épouse a joué un rôle dominant dans son exploitation. En plus du service des pièces, elle s'occupait de la tenue des livres, de la plupart des opérations de facturation et des opérations bancaires, tout en continuant de participer à tous les aspects de l'exploitation agricole. La contribution de M^{me} Rawluk à l'acquisition des biens des parties durant le mariage ne fait aucun doute.

Ces biens étaient essentiellement constitués de biens immobiliers. Au moment de la séparation en 1984, les Rawluk étaient propriétaires d'un certain nombre de biens, qui étaient tous au nom de l'époux sauf un. Au cours des années écoulées entre la séparation et l'audition en première instance, la valeur de ces biens a augmenté considérablement.

II. The Issues

The Ontario *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, sets up a scheme providing for the division of family property as of the valuation date (in this case, the date of separation).

The husband contends that the amount he must pay to the wife to equalize their positions must be based on the value of the property in his name at the valuation date. Any increment in values thereafter would be solely to his credit.

The wife submits that she has a constructive trust over the properties giving her a beneficial half-interest in them at the time of separation, and entitling her to participate as owner in the increase in value of the property after separation.

The trial judge and the Court of Appeal held that the property in question was impressed with a constructive trust which gave the wife a beneficial half interest in the property at the time of separation.

It is not disputed that apart from the statute, this would be an appropriate case for the court to declare a constructive trust entitling the wife to a half-interest in the property. This leaves the question of whether the *Family Law Act, 1986* changes the situation.

The answer to this question depends on the answer to two sub-issues. The first concerns the nature of the doctrine of constructive trust. Is it a concept of substantive property law, automatically vesting in the wife a half-interest in the property at the time of separation? Or is it a remedial device, to be applied only where other remedies for unjust enrichment are unavailable or inadequate?

If the doctrine of constructive trust is a remedial device, the further question arises of whether the doctrine should be applied where a statute already provides a remedy for the alleged unjust enrichment.

II. Les questions en litige

La *Loi de 1986 sur le droit de la famille de l'Ontario*, L.O. 1986, ch. 4, établit un régime de partage des biens familiaux à la date d'évaluation (en l'espèce, la date de séparation).

Le mari prétend que le montant qu'il doit verser à son épouse pour égaliser leurs biens doit être établi selon la valeur des biens à son nom à la date d'évaluation. Toute augmentation de valeur postérieure à cette date lui reviendrait exclusivement.

L'épouse prétend bénéficier d'une fiducie par interprétation sur les biens lui donnant un intérêt bénéficiaire de moitié au moment de la séparation et lui permettant de participer comme propriétaire à l'augmentation de valeur des biens après la séparation.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que les biens en question étaient visés par une fiducie par interprétation conférant à l'épouse un intérêt bénéficiaire de moitié dans les biens à l'époque de la séparation.

On ne conteste pas que, abstraction faite de la loi, il s'agirait d'un cas approprié justifiant le tribunal de déclarer l'existence d'une fiducie par interprétation donnant à l'épouse un intérêt de moitié dans les biens. Il reste cependant à déterminer si la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* modifie la situation.

Pour répondre, il faut d'abord répondre à deux sous-questions. La première concerne la nature de la théorie de la fiducie par interprétation. S'agit-il d'une notion qui relève des règles de fond en droit des biens, conférant automatiquement à l'épouse un intérêt de moitié dans les biens au moment de la séparation? Ou s'agit-il plutôt d'un moyen de réparer qui ne s'applique que lorsque les autres recours contre l'enrichissement sans cause ne peuvent être exercés ou sont inadéquats?

Si la théorie de la fiducie par interprétation est un moyen de réparer, il faut se demander ensuite si la théorie devrait être appliquée lorsqu'une loi prévoit déjà un recours contre l'enrichissement sans cause visé.

As I see the problem, the issue in this case is not whether the *Family Law Act, 1986* ousts the remedy of constructive trust. I agree with Cory J. that it does not. In my view, the real question which must be answered is whether the doctrine of constructive trust, as it has been developed by this Court, finds application where a statute already provides a remedy for the unjust enrichment complained of.

III. Decision on the Issues

I would answer the questions posed above as follows.

1. The doctrine of constructive trust, as it has developed in Canada, is not a property right but a proprietary remedy for unjust enrichment; as such, the availability of other remedies for the unjust enrichment must be considered before declaring a constructive trust.
2. The doctrine of constructive trust should not be applied in this case because the *Family Law Act, 1986* provides a remedy for the unjust enrichment of the husband to the detriment of the wife.

IV. Discussion

1. *The Nature of the Constructive Trust in Canada: Substantive or Remedial?*

An express trust is one which arises from the intention of the settlor or trustee. A constructive trust is one imposed apart from the wishes of the settlor, by operation of law.

In England, the traditional doctrine of constructive trust recognizes a series of categories in which the law imposes on one person the obligation to hold property in trust for another, usually in cases of fraud, mistake and fiduciary relationships. Lord Denning has gone further, stating a constructive trust may be imposed "whenever justice and good conscience require it": *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286, at p. 1290. Thus there are two schools of thought in England. The first school of

Selon mon analyse du litige, la question en l'espèce n'est pas de savoir si la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* écarte le recours à la fiducie par interprétation. Je partage l'opinion du juge Cory que la loi ne l'écarte pas. À mon avis, la véritable question à laquelle il faut répondre est de savoir si la théorie de la fiducie par interprétation, compte tenu de la portée que lui a donnée notre Cour, s'applique lorsqu'une loi prévoit déjà un recours contre l'enrichissement sans cause reproché.

III. Les réponses aux questions

Je suis d'avis de répondre aux questions précitées de la façon suivante.

1. La théorie de la fiducie par interprétation, telle qu'elle s'est développée au Canada, ne confère pas un droit de propriété mais constitue un recours sur la propriété contre l'enrichissement sans cause; pour cette raison, il faut déterminer s'il existe d'autres recours contre l'enrichissement sans cause avant de déclarer l'existence d'une fiducie par interprétation.
2. La théorie de la fiducie par interprétation ne devrait pas être appliquée en l'espèce parce que la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit un recours dans le cas de l'enrichissement sans cause du mari au détriment de l'épouse.

IV. Analyse

1. *La nature de la fiducie par interprétation au Canada: une règle de fond ou un recours?*

La fiducie expresse résulte de l'intention du constituant ou du fiduciaire. La fiducie par interprétation est imposée sans égard à l'intention du constituant, par l'application de règles de droit.

En Angleterre, la théorie traditionnelle de la fiducie par interprétation reconnaît une série de domaines dans lesquels une personne a, en droit, l'obligation de détenir des biens en fiducie au nom d'une autre, habituellement en matière de fraude, d'erreur et de rapports fiduciaires. Lord Denning est allé plus loin, affirmant qu'une fiducie par interprétation peut être imposée [TRADUCTION] «chaque fois que la justice et la conscience l'exigent»: *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286, à

thought, the “traditional” view, would limit the scope of the trust to existing, recognized constructive trust situations and would not extend the application of the trust to the equitable division of property between contesting parties. It rejects the notion of a trust based on justice and good conscience. The second school of thought is expressed in the “new model” set forth by Lord Denning in *Hussey v. Palmer*.

The traditional English view, which does not recognize the constructive trust as a general remedy for unjust enrichment, but sees it as an obligation attaching to property in certain specified circumstances, holds that a constructive trust is a property right, just like any other trust. Thus Pettit, in *Equity and the Law of Trusts* (4th ed. 1979), states at p. 46:

... the constructive trust is a substantive institution. It is in principle like any other trust, the difference lying in the mode of creation. Express trusts and constructive trusts are two species of the same genus.

In Canada, we have not followed the traditional English view of the constructive trust as a limited doctrine applying in limited, clearly defined cases. Rather, we have moved toward the American view of the constructive trust as a general equitable remedy for unjust enrichment. This development is of relatively recent standing. In *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, the majority of this Court agreed with the House of Lords’ decisions in *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777, and *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886. Laskin J. (as he then was) dissented, one of his grounds of dissent being that the constructive trust could be interpreted as an equitable remedy based on the principle of preventing unjust enrichment. Similarly, in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, support for the remedial constructive trust remained a minority viewpoint (espoused by Dickson J. (as he then was), Laskin C.J. and Spence J. agreeing). Finally, in *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, the minority opinion of *Rathwell v. Rathwell* became the majority opinion, and the concept of construc-

la p. 1290. Il y a donc deux écoles de pensée en Angleterre. Les tenants de la première école, dite «traditionnelle», limiteraient la portée de la fiducie par interprétation à des situations réelles et recon- nues et n’en étendraient pas l’application au partage des biens en *equity* entre parties opposées. Ils rejettent la notion d’une fiducie fondée sur la justice et la conscience. La seconde école de pensée se manifeste dans le «nouveau modèle» établi par lord Denning dans l’arrêt *Hussey v. Palmer*.

Les tenants de l’opinion traditionnelle anglaise, qui ne reconnaissent pas la fiducie par interpréta- tion comme recours général contre l’enrichisse- ment sans cause mais la considèrent comme une obligation rattachée aux biens dans certaines cir- constances précises, affirment que la fiducie par interprétation est un droit de propriété, au même titre que toutes les autres fiducies. Ainsi, dans son ouvrage *Equity and the Law of Trusts* (4^e éd. 1979), Pettit affirme à la p. 46:

[TRADUCTION] ... la fiducie par interprétation est une institution de fond. En principe, elle est semblable à toute autre fiducie, la différence étant son mode de création. Les fiducies expresses et les fiducies par inter- prétation sont deux exemples du même genre.

Au Canada, nous n’avons pas retenu l’opinion traditionnelle anglaise de la fiducie par interpréta- tion comme une théorie de portée limitée qui ne s’applique que dans des cas clairement définis. Au contraire, nous sommes allés vers le point de vue américain qui considère la fiducie par interpréta- tion comme un recours en *equity* contre l’enrichis- sement sans cause. Cette évolution est relativement récente. Dans l’arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, notre Cour à la majorité s’est dite d’accord avec les décisions de la Chambre des lords dans les arrêts *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777, et *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) était dissi- dent, une des raisons de sa dissidence étant que la fiducie par interprétation pouvait être considérée comme un recours en *equity* fondé sur le principe qu’il faut empêcher l’enrichissement sans cause. De même, dans l’arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, la fiducie par interprétation comme voie de recours n’a été reconnue que par une minorité de juges (le juge Dickson, alors juge

tive trust as a general remedy for unjust enrichment was adopted in Canada.

The new concept of constructive trust now prevailing in Canada differs from the traditional English concept in two respects. The first is its foundation in the concept of unjust enrichment. As Professor Waters, in *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 385 puts it:

... though the constructive trust remains in common law Canada a collection of liability situations, it now has a theme. The constructive trust in the area of spousal or quasi-spousal property "arises ... out of inequitable withholding resulting in an unjust enrichment," [quoting from Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell*], and this is the theme, the basis of the defendant's liability.

The new concept eliminates the need to find recognizable categories in which the constructive trust can be applied, relying instead on the more general concept of unjust enrichment arising from a contribution by one to property held in the name of the other to the detriment of the contributing party.

The second main difference between the traditional English concept of trust and the doctrine now accepted in Canada is the remedial nature of the Canadian doctrine. The trust is not viewed as an institution but as a remedy, as a means of compelling a person to surrender an unjust enrichment: see Scott, *Law of Trusts*, vol. 5 (3rd ed. 1967), at p. 3416, § 462.1, Waters, *op. cit.*, at p. 388.

While some writers suggest that the development of a remedial constructive trust in Canada has, for all purposes, eliminated the presence of "institutional" constructive trusts (see for example McClean, "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relation-

puiné, le juge en chef Laskin et le juge Spence). Enfin, dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, l'opinion minoritaire de l'arrêt *Rathwell c. Rathwell* s'est transformée en opinion majoritaire, et le Canada a adopté la notion de fiducie par interprétation comme recours général contre l'enrichissement sans cause.

La nouvelle conception de la fiducie par interprétation qui prévaut maintenant au Canada diffère de la conception traditionnelle anglaise à deux égards. D'abord elle trouve son fondement dans la notion d'enrichissement sans cause. Comme le professeur Waters l'explique dans son ouvrage *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 385:

[TRADUCTION] ... bien que la fiducie par interprétation corresponde toujours dans les provinces de *common law* au Canada à un ensemble de cas de responsabilité, elle a maintenant un thème. La fiducie par interprétation dans le domaine des biens des époux ou des conjoints de fait «trouve son origine [...] dans la possession arbitraire d'un bien résultant en un enrichissement sans cause», (citant le juge Dickson dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*), et tel est le thème, le fondement de la responsabilité du défendeur.

Cette nouvelle conception écarte la nécessité de définir des catégories identifiables dans lesquelles la fiducie par interprétation peut s'appliquer; elle s'appuie plutôt sur la conception plus générale de l'enrichissement sans cause découlant de la contribution d'un époux aux biens dont l'autre est le titulaire à son détriment.

La deuxième différence principale entre la conception traditionnelle anglaise de la fiducie et la théorie maintenant acceptée au Canada tient à ce qu'elle est considérée comme une voie de recours dans la théorie canadienne. La fiducie n'est pas considérée comme une institution mais comme un recours, le moyen d'obliger une personne à se départir d'un enrichissement sans cause: voir Scott, *Law of Trusts*, vol. 5 (3^e éd. 1967), à la p. 3416, § 462.1, Waters, *op. cit.*, à la p. 388.

Quoique certains auteurs laissent entendre que l'élaboration au Canada d'un recours fondé sur la fiducie par interprétation a éliminé, à toutes fins pratiques, la présence des fiducies par interprétation «institutionnelles» (voir par exemple McClean, «Constructive and Resulting Trusts — Unjust

ship — *Pettkus v. Becker*” (1982), 16 *U.B.C. Law Rev.* 155) other authors argue that the constructive trust that is used to remedy unjust enrichment is not the only type of constructive trust (see, for example, Paciocco, “The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315). Because the facts in the present case involve allegations of unjust enrichment (and thus the type of constructive trust used to remedy unjust enrichment), it is not necessary for the purpose of this appeal to decide if other types of constructive trusts have been abolished. The discussion which follows focusses on an analysis of constructive trusts as developed in response to unjust enrichment.

Although the constructive trust is remedial, that is not to say that the remedial concept of constructive trust does not give rise to property interests. When the court declares a constructive trust, at that point the beneficiary obtains an interest in the property subject to the trust. That property interest, it appears, may be taken as extending back to the date when the trust was “earned” or perfected. In *Hussey v. Palmer*, in a passage referred to by Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell* and relied on by the Court of Appeal in this case, Lord Denning postulated that the interest may arise at the time of declaration or from the outset, as the case may require. Scott views the trust as being in force from the outset, with a discretion in the court as to whether it should be enforced: Scott, *op. cit.*, § 462.2. Another American scholar regards it as coming into existence only on an order being made, but having retrospective operation: Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* (2nd ed. 1979), § 472.

The significance of the remedial nature of the constructive trust is not that it cannot confer a property interest, but that the conferring of such an interest is discretionary and dependent on the inadequacy of other remedies for the unjust enrichment in question. The doctrine of construc-

Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*» (1982), 16 *U.B.C. Law Rev.* 155), d’autres auteurs soutiennent que la fiducie par interprétation utilisée pour remédier à l’enrichissement sans cause n’est pas le seul type de fiducie par interprétation (voir, par exemple, Paciocco, «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities Over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315). Puisque les faits en l’espèce ont donné lieu à des allégations d’enrichissement sans cause (et donc de ce type particulier de fiducie par interprétation qui est utilisé pour les cas d’enrichissement sans cause), il n’est pas nécessaire, aux fins du pourvoi, de décider si d’autres types de fiducies par interprétation ont été abolis. Le développement qui suit est centré sur une analyse des fiducies par interprétation telles qu’elles ont été élaborées en réponse à l’enrichissement sans cause.

Même si la fiducie par interprétation a un caractère réparateur, cela ne signifie pas que la notion de fiducie par interprétation comme recours ne donne pas naissance à des droits de propriété. Lorsque le tribunal impose une fiducie par interprétation, le bénéficiaire obtient alors un droit sur les biens assujettis à la fiducie. Il semble que ce droit puisse remonter à la date à laquelle la fiducie était «acquise» ou devenue opposable. Dans l’arrêt *Hussey v. Palmer*, dans un passage mentionné par le juge Dickson dans l’arrêt *Rathwell c. Rathwell* et invoqué par la Cour d’appel en l’espèce, lord Denning a affirmé que la fiducie peut naître au moment de la déclaration ou dès le début, selon les circonstances. Scott estime que la fiducie est en vigueur dès le début, le tribunal ayant le pouvoir discrétionnaire de décider si elle devrait être appliquée: Scott, *op. cit.*, § 462.2. Un autre auteur américain estime qu’elle ne prend naissance que lorsqu’une ordonnance est rendue, mais qu’elle a un effet rétroactif: Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* (2^e éd. 1979), § 472.

L’importance de la nature réparatrice de la fiducie par interprétation ne tient pas à ce qu’elle ne peut conférer un droit de propriété, mais à ce que le fait de conférer ce droit découle de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire et dépend du caractère inadéquat des autres recours contre l’enrichis-

tive trust may be used to confer a proprietary remedy, but does not automatically presuppose a possessory property right. Thus, even where the tests for constructive trust are met — unjust enrichment, corresponding deprivation, and no juridical justification for the enrichment and justification — the property interest does not automatically arise. Rather, the court must consider whether other remedies to remedy the injustice exist which make the declaration of a constructive trust unnecessary or inappropriate.

The foundation of constructive trust in unjust enrichment and its essentially remedial nature have been emphasized and re-emphasized by this Court. Dickson J. stated in *Pettkus v. Becker*, at pp. 850-51, and repeated in *Soroohan v. Soroohan*, [1986] 2 S.C.R. 38:

The equitable principle on which the remedy of constructive trust rests is broad and general; its purpose is to prevent unjust enrichment in whatever circumstances it occurs. [Emphasis added.]

The remedial nature of the notion of constructive trust was repeatedly emphasized by Dickson C.J. In *Rathwell v. Rathwell*, at p. 444, he said:

On the legal front, acceptance of the notion of restitution and unjust enrichment in Canadian jurisprudence . . . has opened the way to recognition of the constructive trust as an available and useful remedial tool in resolving matrimonial property disputes. [Emphasis added.]

Similarly, in *Pettkus v. Becker*, at pp. 847-48, Dickson J., after positing unjust enrichment as the basis of the remedy, confirmed its remedial nature:

The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust. "Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, put the matter in these words: ". . . the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money". It would be undesirable, and indeed impossible, to attempt to define all the circumstances in which an unjust

sement sans cause en question. La théorie de la fiducie par interprétation peut être utilisée comme recours en matière de propriété, mais ne présuppose pas automatiquement un droit de possession.

^a Par conséquent, même lorsque les critères de l'existence d'une fiducie par interprétation sont établis — enrichissement sans cause, appauvrissement correspondant, absence de motifs juridiques à l'enrichissement — le droit de propriété n'existe pas automatiquement. Le tribunal doit plutôt se demander si, pour corriger l'injustice, il existe d'autres recours qui rendent inutile ou inopportune la déclaration de fiducie par interprétation.

^c Notre Cour a souligné et répété que la fiducie par interprétation trouve son origine dans l'enrichissement sans cause et qu'elle tient essentiellement du recours. Le juge Dickson a affirmé dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, aux pp. 850 et 851, et répété dans l'arrêt *Soroohan c. Soroohan*, [1986] 2 R.C.S. 38, que:

^d Le principe d'*equity* sur lequel repose le recours à la fiducie par interprétation est large et général; son but est d'empêcher l'enrichissement sans cause dans toutes les circonstances où il se présente. [Je souligne.]

^e Le juge en chef Dickson a souligné à plusieurs reprises que la fiducie par interprétation est, de par sa nature, un recours. Dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, il a dit, à la p. 444:

^f Sur le terrain du droit, l'acceptation de la notion de restitution et d'enrichissement sans cause en jurisprudence canadienne [. . .] a ouvert la voie à la reconnaissance de la fiducie par interprétation comme un recours possible et utile dans les litiges portant sur les biens matrimoniaux. [Je souligne.]

^g De même, dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, aux pp. 847 et 848, le juge Dickson, confirme qu'il s'agit d'un recours trouvant son origine dans l'enrichissement sans cause:

^h Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation. «L'enrichissement sans cause» a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «. . . le motif principal de cette action est que le défendeur est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'*equity* de rembourser l'argent». Il ne conviendrait pas, et en fait il serait impossible, d'essayer de définir toutes les circons-

enrichment might arise The great advantage of ancient principles of equity is their flexibility: the judiciary is thus able to shape these malleable principles so as to accommodate the changing needs and mores of society, in order to achieve justice. The constructive trust has proven to be a useful tool in the judicial armoury.

In *Sorochan v. Sorochan*, Dickson C.J., after quoting both these passages, suggested that the remedy of constructive trust does not follow automatically from establishment of the three criteria set out in *Pettkus v. Becker*. A further inquiry is required to determine if other remedies are available, and if so, whether the remedy of constructive trust remains appropriate. The Chief Justice wrote, at p. 47:

The constructive trust constitutes one important judicial means of remedying unjust enrichment. Other remedies, such as monetary damages, may also be available to rectify situations of unjust enrichment. We must, therefore, ask when and under what circumstances it is appropriate for a court to impose a constructive trust. [Emphasis added.]

These passages establish the fundamentals of the Canadian approach to constructive trust in relation to unjust enrichment. First, the doctrine has as its purpose the remedying of unjust enrichment. Second, it is remedial rather than substantive. Finally, the remedy of constructive trust is but one of many remedies that may be available to correct unjust enrichment. Before applying it, the court must consider whether, given other available remedies, the remedy of constructive trust remains necessary and appropriate in the case before it.

This brings us to the issue raised in this case. Given that the doctrine of constructive trust, as it has developed in Canada, is remedial, what is the relationship of the remedy of constructive trust to other remedies for unjust enrichment? While Dickson C.J. alludes to this issue in *Sorochan v. Sorochan*, little Canadian jurisprudence exists on the question. In these circumstances, it may be useful to have regard to the American experience. (This approach is advocated by Waters, op cit.,

tances qui peuvent donner lieu à un enrichissement sans cause [...] Le grand avantage des principes anciens d'*equity* est leur souplesse: les tribunaux peuvent donc modeler ces principes malléables pour répondre aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société, afin que justice soit rendue. La fiducie par interprétation s'est révélée utile dans l'arsenal judiciaire.

Dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, le juge en chef Dickson, après avoir cité ces deux extraits, laisse entendre que le recours à la fiducie par interprétation ne découle pas automatiquement de l'établissement des trois critères établis dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*. Il faut se demander en outre si d'autres recours existent et, le cas échéant, si la fiducie par interprétation comme recours demeure appropriée. Le Juge en chef a écrit, à la p. 47:

La fiducie par interprétation constitue un moyen réparateur important dont disposent les tribunaux pour remédier à l'enrichissement sans cause. Il est possible aussi d'avoir recours à d'autres réparations, telles que des dommages-intérêts, pour corriger des cas d'enrichissement sans cause. Nous devons en conséquence nous demander quand et dans quelles circonstances il convient qu'un tribunal impose une fiducie par interprétation. [Je souligne.]

Ces extraits établissent les fondements de l'application de la fiducie par interprétation au Canada en matière d'enrichissement sans cause. Premièrement, la théorie a pour objet de remédier à l'enrichissement sans cause. Deuxièmement, elle est un recours plutôt qu'une règle de fond. Enfin, la fiducie par interprétation comme recours n'est qu'un parmi d'autres recours possibles pour corriger l'enrichissement sans cause. Avant de l'appliquer, le tribunal doit déterminer si, compte tenu des autres recours possibles, la fiducie par interprétation comme recours demeure nécessaire et appropriée dans le cas dont il est saisi.

Cela nous amène à la question que soulève ce pourvoi. Étant donné que, selon la théorie de la fiducie par interprétation, telle qu'elle s'est développée au Canada, il s'agit d'un recours, quel est le rapport entre la fiducie par interprétation et les autres recours contre l'enrichissement sans cause? Bien que le juge en chef Dickson y fasse allusion dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*, il existe peu d'arrêts sur la question au Canada. Dans ces circonstances, il peut être utile de se rapporter à

who writes, at p. 392, “if this analysis is not early developed, and Canadian eyes remained trained on English precedents rather than the law of restitution in the United States, so that the constructive trust is conceived solely in its generic sense, there is a danger that this trust could indeed become the ‘wild card in the pack’.”)

The American law on constructive trusts, as set out in the *Restatement of Restitution*, recognizes the panoply of remedies for unjust enrichment and the need for the court, in considering a claim for constructive trust, to select among them. As a general rule, the remedies which operate *in personam* must be brought first — for example, actions for money had and received, *quantum meruit* and account. As Waters, *op. cit.*, states at p. 391:

Only when these actions are inadequate, . . . are American courts willing to entertain the equitable proprietary remedies, the constructive trust and the equitable lien. [Emphasis added.]

And, at p. 393, Waters counsels caution in applying the remedy of constructive trust where other personal remedies lie:

It is already clear from the English experience with the “new model” constructive trust that, if this remedy is employed where personal remedies would suffice, it threatens to upset the operation of other doctrines.

Waters goes on to point out the dangers associated with conferring possessory rights on a plaintiff and concludes:

. . . let us reflect on the consequences of declaring a proprietary right to remedy the situation. It can produce unregistered and unregistrable interests capable of binding the land in the hands of immediate title holders, and successors taking with notice.

Thus I arrive at this point. Without denying the importance of the remedy of constructive trust, it must be remembered that it may be only one of several remedies for unjust enrichment. It must

l'expérience américaine. (Cette démarche est proposée par Waters, *op. cit.*, qui écrit, à la p. 392, [TRADUCTION] «si cette analyse n'est pas bientôt adoptée, et si l'attitude canadienne demeure accrochée à la jurisprudence anglaise plutôt qu'aux règles américaines sur la restitution, de sorte que la fiducie par interprétation est considérée uniquement dans son sens générique, on court le risque que cette fiducie devienne effectivement la carte «passe-partout».»)

Le droit américain sur les fiducies par interprétation, selon le *Restatement of Restitution*, reconnaît l'éventail des recours applicables à l'enrichissement sans cause et la nécessité que le tribunal, dans l'examen d'une demande de reconnaissance d'une fiducie par interprétation, en choisisse un. En règle générale, les redressements *in personam* doivent être utilisés les premiers — par exemple, les actions pour enrichissement sans cause, *quantum meruit* et en reddition de compte. Comme l'affirme Waters, *op. cit.*, à la p. 391:

[TRADUCTION] Ce n'est que lorsque ces actions sont inadéquates, [. . .] que les tribunaux américains sont prêts à envisager les recours en equity sur la propriété, la fiducie par interprétation et un privilège reconnu en equity. [Je souligne.]

Et, à la p. 393, Waters conseille la prudence dans le recours à la fiducie par interprétation lorsque d'autres actions personnelles existent:

[TRADUCTION] Il ressort déjà clairement de l'expérience anglaise du «nouveau modèle» de la fiducie par interprétation que si ce recours est utilisé lorsque d'autres recours de nature personnelle suffiraient, il risque de modifier l'effet d'autres théories.

Waters poursuit en soulignant les dangers qu'il y a de conférer des droits possessoires à un demandeur et conclut:

[TRADUCTION] . . . réfléchissons aux conséquences que comporte le fait d'accorder un droit de propriété pour corriger la situation. Il peut donner lieu à des intérêts non enregistrés ni enregistrables qui peuvent affecter le bien-fonds des titulaires actuels et des successeurs avisés.

J'en arrive donc à ceci. Sans nier l'importance du recours à la fiducie par interprétation, il faut se rappeler qu'il peut s'agir seulement d'un recours parmi d'autres applicables à l'enrichissement sans

also be remembered that as a proprietary remedy, its imposition may interfere with the operation of other doctrines and the exercise by others, including third parties, of the rights attendant on their interests in the property made subject to the trust. For these reasons, it may be wise to insist that a plaintiff have exhausted his or her personal remedies before imposing the remedy of constructive trust.

Against this background, I return to the first of the two questions I posed at the outset. Is the doctrine of constructive trust as it has developed in Canada a substantive doctrine of trust, automatically conferring a property interest where the basic criteria for the trust are made out? Or is it a remedy, to be applied where necessary to remedy unjust enrichment?

The answer must be that in Canada constructive trust, at least in the context of unjust enrichment, is not a doctrine of substantive property law, but a remedy. It follows that a constructive trust cannot be regarded as arising automatically when the three conditions set out in *Pettkus v. Becker* are established. Rather, the court must go on to consider what other remedies are available to remedy the unjust enrichment in question and whether the proprietary remedy of constructive trust is appropriate.

Neither of the courts below approached the matter in this way. Both the trial judge and the Court of Appeal assumed that the doctrine of constructive trust gave the wife a beneficial half-interest in the property, the only question then being whether the statute took that right away. My colleague, Cory J., takes a similar approach, stating that the *Family Law Act, 1986* incorporates the constructive trust remedy "as an integral part of the process of ownership determination" at pp. 89-90.

I cannot share this approach. In my opinion, the doctrine of constructive trust does not permit the

cause. Il convient également de se rappeler qu'à titre de recours en matière de propriété, son imposition peut porter atteinte à l'application d'autres principes et à l'exercice par d'autres, y compris des tiers, de droits correspondant à leurs intérêts dans le bien assujéti à la fiducie. Pour ces raisons, il serait prudent d'exiger que le demandeur ait épuisé les recours de nature personnelle avant d'imposer une fiducie par interprétation.

Dans ce contexte, je reviens à la première des deux questions que j'ai posées au début. La théorie de la fiducie par interprétation, telle qu'elle s'est développée au Canada, est-elle une règle de fond de la théorie de la fiducie, conférant automatiquement un droit de propriété lorsque les critères fondamentaux de la fiducie sont établis? Ou s'agit-il d'un recours à exercer lorsque cela est nécessaire pour remédier à l'enrichissement sans cause?

La réponse doit être qu'au Canada la fiducie par interprétation, du moins dans le contexte de l'enrichissement sans cause, n'est pas une règle de fond en droit des biens mais un recours. Il s'ensuit qu'une fiducie par interprétation ne peut être considérée comme existant automatiquement lorsque les trois conditions requises dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* sont établies. Le tribunal doit plutôt examiner alors quels autres recours existent pour remédier à l'enrichissement sans cause en question et si la fiducie par interprétation comme recours sur la propriété est appropriée.

Aucun tribunal d'instance inférieure n'a abordé l'affaire sous cet angle. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont présumé que la théorie de la fiducie par interprétation conférerait à l'épouse un intérêt bénéficiaire de moitié dans les biens, la seule question étant de savoir si la loi avait supprimé ce droit. Mon collègue le juge Cory adopte un point de vue semblable, affirmant que la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* fait de la fiducie par interprétation comme moyen de redressement «une partie intégrante du processus de détermination du droit de propriété», aux pp. 89 et 90.

Je ne peux partager ce point de vue. À mon avis, la théorie de la fiducie par interprétation ne

court to retrospectively confer a property interest solely on the basis of contribution of one spouse and enrichment of the other. A further inquiry must be made, namely: whether, given the presence of another remedy, the remedy of constructive trust is necessary or appropriate. I now turn to that question.

2. *Whether The Doctrine of Constructive Trust Should be Applied in the Case at Bar*

This case poses the question of whether the doctrine of constructive trust should be applied where there exists a comprehensive statutory scheme providing a remedy for the situation where one spouse holds exclusive title to property to which the other spouse has contributed.

The *Family Law Act, 1986* sets up a comprehensive statutory scheme which recognizes the contributions of both spouses to the acquisition, preservation, maintenance or improvement of property during the marriage. It addresses the question of unjust enrichment between spouses by providing for a monetary equalization payment based on the value of the "net family property" at the valuation date, i.e., the time of separation: s. 5(1).

The Act defines property broadly as including "any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property . . .": s. 4. "Net family property" is defined as meaning "the value of all the property . . . that a spouse owns on the valuation date . . ." after deducting debts and the value of the property at the time of marriage: s. 4. The Act specifically requires the judge to apply the doctrine of resulting trust (s. 14), but makes no mention of constructive trust. The Act permits the judge to depart from the principle of equal distribution and adjust the award in a variety of circumstances, including "any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance or improvement of property": s. 5(6)(h).

The question may be put thus: given that there was an unjust enrichment arising from the fact that the property to which the wife contributed was in the husband's name, does the *Family Law*

permet pas au tribunal de conférer rétroactivement un droit de propriété en se fondant uniquement sur la contribution d'un conjoint et l'enrichissement de l'autre. Il faut se demander en outre si, compte tenu de l'existence d'un autre recours, le recours à la fiducie par interprétation est nécessaire ou approprié. J'examine maintenant cette question.

2. *La théorie de la fiducie par interprétation devrait-elle être appliquée en l'espèce?*

Cette affaire soulève la question de savoir si la théorie de la fiducie par interprétation devrait être appliquée lorsqu'il existe un régime législatif complet qui prévoit un recours lorsqu'un conjoint détient exclusivement le titre de propriété dans le bien auquel l'autre conjoint a contribué.

La *Loi de 1986 sur le droit de la famille* établit un régime législatif complet qui reconnaît les contributions des deux conjoints à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien ou à l'amélioration des biens au cours du mariage. Elle traite de la question de l'enrichissement sans cause entre les conjoints en prévoyant l'égalisation par le paiement d'un montant fixé selon la valeur des «biens familiaux nets» à la date d'évaluation, c.-à-d. au moment de la séparation (par. 5(1)).

La Loi définit le mot «bien» comme comprenant un «droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble . . .» (art. 4). L'expression «biens familiaux nets» est définie comme «la valeur de tous les biens [. . .] dont le conjoint est le propriétaire à la date d'évaluation . . .» après déduction des dettes et de la valeur des biens à l'époque du mariage (art. 4). La Loi oblige expressément le juge à appliquer la théorie de la fiducie par déduction (art. 14), mais ne mentionne pas la fiducie par interprétation. La Loi permet au juge de s'écarter du principe du partage égal et d'ajuster le montant dans diverses circonstances, y compris dans «n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens» (al. 5(6)h).

La question peut donc être formulée ainsi: étant donné que l'enrichissement sans cause provient du fait que les biens auxquels l'épouse a contribué étaient au nom de l'époux, la *Loi de 1986 sur le*

Act, 1986 provide a remedy, which makes it unnecessary to resort to the doctrine of constructive trust? In my opinion, the answer to this question must be affirmative.

Both the statutory remedy and the remedy of constructive trust are, on the facts of this case, directed to the same end. The purpose of a constructive trust, as already discussed, is to permit a party without title to receive compensation for his or her contribution to the acquisition and maintenance of property standing in the other's name. The purpose of the *Family Law Act, 1986* is the same: it sets up a scheme to equalize the property holdings of each party to a marriage, regardless of who holds legal title. The only difference for the purposes of this case is that the *Family Law Act, 1986* provides for the equalization to be accomplished by a payment of money based on the value of the property at the time of separation (a remedy *in personam*), while the doctrine of constructive trust would give a beneficial interest in the land which persists to the date of trial (a proprietary remedy).

If the doctrine of unjust enrichment is to be applied in this case, it is not for the purpose of rewarding the wife for her contribution to the property held in the husband's name, but for the purpose of permitting her to share in the increase in value of the property after separation. But this cannot support a claim for a constructive trust for two reasons.

First, the Act contemplates the problem that assets may increase or diminish in value between the date of separation and trial; s. 5(6)(h) permits the trial judge to vary the equal division of property as at separation, on the basis of circumstances relating to the disposition or improvement of the property. I agree with Cory J. that this step of the process is distinct from the preliminary determinations of ownership.

Second, it would appear that the elements necessary to establish a constructive trust are not present where the enrichment occurs as a result of appreciation of the market value of the land after

droit de la famille prévoit-elle un recours qui rend inutile l'utilisation de la théorie de la fiducie par interprétation? À mon avis, la question doit recevoir une réponse affirmative.

^a Le recours prévu par la loi et celui qu'offre la fiducie par interprétation visent en l'espèce le même but. L'objet d'une fiducie par interprétation, comme nous l'avons déjà souligné, est de permettre ^b à une partie non titulaire d'un droit de propriété d'être dédommée pour sa contribution à l'acquisition et à l'entretien de biens qui sont inscrits au nom de l'autre. L'objet de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* est le même: elle établit un ^c régime d'égalisation des biens de chaque partie au mariage, sans égard à celle qui détient le titre de propriété. Pour les fins du présent pourvoi, la seule différence est que la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit que l'égalisation s'effectue par le ^d paiement d'une somme calculée selon la valeur des biens au moment de la séparation (un recours *in personam*), alors que la théorie de la fiducie par interprétation conférerait un intérêt bénéficiaire ^e dans le bien-fonds qui subsiste jusqu'à la date de l'audience (un recours sur la propriété).

Si la théorie de l'enrichissement sans cause doit être appliquée en l'espèce, ce n'est pas pour récompenser l'épouse de sa contribution aux biens dont ^f l'époux est titulaire mais pour lui permettre d'avoir une part dans l'augmentation de valeur des biens après la séparation. Mais cela ne peut justifier une demande de fiducie par interprétation pour deux ^g raisons.

Premièrement, la Loi prévoit que la valeur des biens peut augmenter ou diminuer entre la date de la séparation et l'audience; l'al. 5(6)h) permet au ^h juge de première instance de modifier le partage égal des biens au moment de la séparation compte tenu de circonstances concernant l'aliénation ou l'amélioration des biens. Je partage l'avis du juge ⁱ Cory que cette étape du processus est distincte de l'étape préliminaire de détermination de la propriété des biens.

Deuxièmement, il semblerait que les éléments nécessaires à l'établissement d'une fiducie par ^j interprétation n'existent pas lorsque l'enrichissement résulte de l'augmentation de la valeur mar-

separation. Under the statute, the wife already receives a payment sufficient to give her fifty percent of the family property, valued at the date of separation. There is no unjust enrichment there. What then of the fact that because of delays in obtaining judgment, the value of the property held in the hands of the husband increases pending trial? True, this is an enrichment of the husband. But there is no corresponding deprivation to the wife giving rise to an injustice. The husband is not being enriched at her expense or because of her efforts. In these circumstances, the first two requirements of a constructive trust posited in *Pettkus v. Becker* — unjust enrichment of one party and corresponding deprivation of the other — are absent.

In the final analysis, the *Family Law Act, 1986* provides complete compensation for the wife's contribution to the date of separation. Any disproportionate enrichment must occur because of the increase in value due to changing market conditions after that date. But that does not constitute an unjust enrichment under the principles set forth in *Pettkus v. Becker*, given that the wife made no contribution after that date. As a matter of legal principle, the Legislature having provided a remedy for the unjust enrichment which would otherwise have occurred in this case, it is not for this Court to impose an additional equitable remedy aimed at correcting the same wrong.

I add that application of the remedy of constructive trust to the statutory scheme may pose practical problems. The scheme under the Act is relatively clear and simple; the basic rule is equality between the spouses, an equality effected by an equalization payment from one spouse to the other, based on the value of the property at the valuation date, usually the date of separation. In most cases the parties can ascertain without difficulty what payment must be made, thereby settling their affairs without lengthy litigation. Grafting the remedy of constructive trust on to this scheme would add uncertainty and promote litigation featuring detailed inquiries into how much each party contributed to the acquisition, preservation, maintenance and improvement of the prop-

chande du bien-fonds après la séparation. En vertu de la loi, l'épouse reçoit déjà un paiement correspondant à 50 p. 100 des biens familiaux, évalués à la date de la séparation. Il n'y a là aucun enrichissement sans cause. Qu'arrive-t-il donc lorsqu'en raison des délais pour obtenir jugement la valeur des biens dont l'époux est propriétaire augmente avant le procès? Il est vrai que l'époux s'enrichit. Mais il n'y a pas d'appauvrissement correspondant de l'épouse donnant lieu à une injustice. L'époux ne s'enrichit pas à ses dépens ou grâce à ses efforts. Dans ces circonstances, les deux premières exigences de la fiducie par interprétation, établies dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* — enrichissement sans cause d'une partie et appauvrissement correspondant de l'autre — n'existent pas.

En dernière analyse, la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* prévoit une compensation complète de la contribution de l'épouse jusqu'à la date de la séparation. Après cela, tout enrichissement disproportionné résulte de l'augmentation de valeur due aux conditions changeantes du marché. Mais ce n'est pas un enrichissement sans cause selon les principes établis dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* puisque l'épouse n'a fait aucune contribution après cette date. Selon les principes juridiques, lorsque le législateur a prévu un moyen de remédier à l'enrichissement sans cause qui se serait produit en l'espèce, il n'appartient pas à cette Cour d'imposer une réparation additionnelle en *equity* pour corriger le même tort.

J'ajoute que l'application de la fiducie par interprétation au régime législatif peut soulever des problèmes d'ordre pratique. Le régime que prévoit la Loi est relativement clair et simple; la règle fondamentale est l'égalité entre les conjoints, une égalité obtenue par un paiement d'égalisation versé par un conjoint à l'autre dont le montant est fixé en fonction de la valeur des biens à la date d'évaluation, habituellement la date de séparation. Dans la plupart des cas, les parties peuvent déterminer sans difficulté le paiement qui doit être fait, réglant ainsi leurs affaires sans long procès. Gref-fer le mécanisme de la fiducie par interprétation à ce régime créerait de l'incertitude et susciterait des litiges comportant l'examen détaillé de la contribution de chaque partie à l'acquisition, à la conserva-

erty to the end of having the court declare a constructive trust in one of the parties. Moreover, property rights which third parties have acquired in the interval may be adversely affected. One returns to Professor Water's warning that to employ constructive trust where personal remedies suffice threatens to upset the operation of other doctrines.

One must also consider the converse situation to that of this case — the situation where instead of increasing in value after separation, the property loses value. Is the amount recoverable by the spouse lacking title to be diminished accordingly? One judge has said yes, imposing a beneficial constructive interest in the property on the wife as at separation, against her wishes and at the behest of the husband: *McDonald v. McDonald* (1988), 11 R.F.L. (3d) 321 (Ont. H.C.) So we arrive at the anomaly of the equitable remedy of constructive trust's being applied against the wishes of the party found to have been unfairly treated, at the behest of the party who has been unjustly enriched. What does this leave of the maxim that he who seeks the aid of equity must come with clean hands? The fallacy at the root of such an approach is that of treating the remedy of constructive trust as though it were a property interest, which for the sake of consistency must be imposed regardless of the circumstances or of other remedies.

It is suggested that the position of the wife should not be worse than it would have been had the parties not married. The answer to this submission is that the Legislature, acting within the proper scope of its authority, has chosen to confine the Act to married persons. Some Acts governing distribution of marital property apply to unmarried couples. While it may be a ground for criticism of the legislation, the fact that a person covered by legislation may be treated less generously than someone not under the statute cannot give rise to a claim for unjust enrichment; the doctrine of unjust enrichment does not go as far as that.

tion, à l'entretien et à l'amélioration des biens en vue de faire déclarer par le tribunal l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur d'une des parties. En outre, les tiers qui auraient acquis des droits de propriété dans l'intervalle pourraient subir un préjudice. On revient ainsi à l'avertissement du professeur Waters que l'emploi de la fiducie par interprétation lorsque des recours personnels suffisent menace l'effet des autres théories.

Il faut également examiner la situation inverse de celle en l'espèce — la situation où la valeur des biens diminue au lieu d'augmenter après la séparation. Le montant que peut recouvrer le conjoint non titulaire devrait-il être diminué en conséquence? Un juge a répondu oui, imposant un intérêt bénéficiaire par interprétation dans les biens en faveur de l'épouse au moment de la séparation, contre sa volonté et à la demande de l'époux: *McDonald v. McDonald* (1988), 11 R.F.L. (3d) 321 (H.C. Ont.) On arrive donc au résultat anormal où la fiducie par interprétation comme recours en *equity* est appliquée contre la volonté de la partie qui a été traitée injustement, à la demande d'une autre partie qui s'est enrichie injustement. Qu'advient-il alors de la maxime que celui qui invoque l'*equity* ne doit rien avoir à se reprocher? L'erreur à l'origine de cette interprétation est de considérer le recours fondé sur la fiducie par interprétation comme s'il s'agissait d'un droit de propriété, lequel, pour des fins d'uniformité, doit être imposé sans égard aux circonstances ou aux autres recours.

On soutient aussi que la situation de l'épouse ne devrait pas être pire que celle dans laquelle elle se trouverait si les parties n'avaient pas été mariées. La réponse à cet argument est que le législateur, agissant dans le cadre approprié de ses pouvoirs, a décidé que la Loi ne s'appliquerait qu'aux personnes mariées. Certaines lois régissant le partage des biens familiaux s'appliquent aux personnes non mariées. Bien que l'on puisse critiquer la Loi pour cela, le fait qu'une personne visée par une loi puisse être traitée moins généreusement qu'une autre qui n'est pas visée par la loi ne peut donner lieu à une demande fondée sur l'enrichissement sans cause; la théorie de l'enrichissement sans cause ne va pas si loin.

My colleague, Cory J., suggests that s. 10 of the *Family Law Act, 1986* shows that the legislators did not intend to oust the remedy of constructive trust. In this regard, I reiterate that it is not my view that the doctrine of constructive trust is entirely ousted by the Act. The equalization provisions of the Act, providing as they do a remedy for unjust enrichment in the equalization process, may preclude establishment of the conditions necessary to found a constructive trust after separation. But in other circumstances, for example before separation, the requirements for a constructive trust may be made out. It may be noted that s. 10 does not recognize automatic entitlement to property by way of trust or otherwise. It is necessary to apply to the court for a declaration of the property interest sought. At the time of that application, a court considering a request for a declaration of constructive trust would be required to consider whether, in view of the circumstances and the availability of other remedies, a constructive trust might appropriately be declared.

It may seem anomalous that a married person might be able to obtain a declaration of constructive trust before but not after separation. It must be remembered, however, that the equalization provisions of the Act provide an alternative remedy to which the spouse becomes entitled upon separation. The fact that that remedy may not be as advantageous in some cases as the remedy of constructive trust does not justify the court in altering the doctrine of constructive trust.

I cannot leave this question without alluding to the quite different provisions found in Acts regulating the division of marital property in provinces other than Ontario. As Cory J. points out, the relationship between the constructive trust doctrine and its "statutory equivalents" has been variously treated in different jurisdictions. While it is interesting to consider dispositions in other jurisdictions, it should be noted that the legislative provisions from province to province are not truly equivalent. In particular, none of the provincial statutes governing the division of marital property, save that of Ontario, appears to have a statutorily

Mon collègue le juge Cory dit que l'art. 10 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* indique que le législateur n'avait pas l'intention d'écarter le recours à la fiducie par interprétation. À cet égard, je répète que je ne crois pas que la théorie de la fiducie par interprétation soit entièrement écartée par la Loi. Les dispositions de la Loi sur l'égalisation, parce qu'elles prévoient un recours contre l'enrichissement sans cause dans le processus d'égalisation, peuvent empêcher l'établissement des conditions nécessaires à l'existence d'une fiducie par interprétation après la séparation. Mais en d'autres circonstances, par exemple avant la séparation, les conditions d'existence d'une fiducie par interprétation peuvent être établies. On peut souligner que l'art. 10 ne reconnaît pas un droit automatique aux biens au moyen de la fiducie ou autrement. Il faut demander au tribunal de déclarer l'existence des droits de propriété recherchés. Lorsqu'il est saisi d'une demande de déclaration de fiducie par interprétation le tribunal serait tenu d'examiner si, compte tenu des circonstances et des autres recours disponibles, il peut conclure à bon droit à l'existence d'une fiducie par interprétation.

Il peut sembler anormal qu'une personne mariée puisse obtenir une déclaration de fiducie par interprétation avant mais pas après la séparation. Il faut cependant rappeler que les dispositions de la Loi sur l'égalisation offrent au conjoint un autre recours au moment de la séparation. Le fait que ce recours puisse ne pas être aussi avantageux dans certains cas que la fiducie par interprétation ne justifie pas la cour de modifier la théorie de la fiducie par interprétation.

Je ne peux terminer sans faire état des dispositions très différentes des lois régissant le partage des biens familiaux dans les provinces autres que l'Ontario. Comme le juge Cory le souligne, le rapport entre la théorie de la fiducie par interprétation et ses «équivalents législatifs» a été traité de façons diverses dans les différents ressorts. Bien qu'il soit intéressant d'examiner les dispositions des autres ressorts, il convient de souligner que les dispositions législatives ne sont pas véritablement équivalentes d'une province à l'autre. En particulier, il semble qu'aucune des lois provinciales régissant le partage des biens familiaux, en dehors de

fixed and inflexible valuation date, the feature of the Act which gives rise to the wife's grievance in this case. There can be no simple or universally applicable answer to the question of whether the doctrine of constructive trust will apply in a statutory context: in each case, the circumstances of the case and the efficacy of alternative remedies conferred by the applicable legislation must be examined to ascertain whether, in that situation, a declaration of constructive trust should be declared.

In this case, I conclude that the remedy of constructive trust is neither necessary nor appropriate, given the remedies available under the *Family Law Act, 1986*.

V. Conclusion

I would set aside the judgments of the Court of Appeal and the trial judge, and refer the matter back to the trial judge to determine whether an adjustment should be made under s. 5(6)(h) of the *Family Law Act, 1986* to reflect the increase in value of the land held in the husband's name since separation, and to adjust the amount of the equalization payment due to the wife, on the basis that she is not entitled to a constructive trust vesting her with a beneficial half-interest in the property as at the date of separation.

I would make no order as to costs in this Court or below.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, SOPINKA and MCLACHIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McMillan, Binch, Toronto.

Solicitor for the respondent: Melanie A. Manchee, Toronto.

celle de l'Ontario, ne fixe inflexiblement la date d'évaluation, ce qui est précisément la caractéristique de la loi ontarienne qui a donné lieu à la demande de l'épouse en l'espèce. Il n'existe aucune réponse facile ou universelle à la question de savoir si la théorie de la fiducie par interprétation doit s'appliquer en contexte législatif: dans chaque cas, les circonstances de l'espèce et l'efficacité d'autres recours prévus par les lois applicables doivent être examinées pour évaluer si, dans un cas donné, il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation.

En l'espèce, je conclus que le recours à la fiducie par interprétation n'est ni nécessaire ni approprié, étant donné les recours prévus par la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'annuler les décisions de la Cour d'appel et du juge de première instance et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'il détermine si un ajustement doit être fait en vertu de l'al. 5(6)h de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* pour tenir compte de l'augmentation, depuis la séparation, de valeur du bien-fonds dont l'époux est titulaire et pour modifier la somme due à l'épouse par suite de l'égalisation, étant entendu au départ qu'elle n'a pas droit à une fiducie par interprétation lui accordant un intérêt bénéficiaire de moitié dans les biens à la date de la séparation.

Je ne rendrais aucune ordonnance quant aux dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: McMillan, Binch, Toronto.

Procureur de l'intimée: Melanie A. Manchee, Toronto.

Jean-Charles Delafosse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DELAFOSSE

File No.: 21323.

1990: January 25.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Admissibility.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 234, 47 C.C.C. (3d) 165, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Ivan Lerner, for the appellant.*Michel F. Denis* and *Hélène Boucher*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Denis.

We are all of the view that this appeal must fail. We find no error in the majority of the Court of Appeal in dismissing the accused's appeal.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montréal.**Solicitor for the respondent: Michel F. Denis, Montréal.***Jean-Charles Delafosse** *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. DELAFOSSE

N° du greffe: 21323.

1990: 25 janvier.

^b Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Preuve — Admissibilité.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 234, 47 C.C.C. (3d) 165, qui a rejeté l'appel de l'accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Ivan Lerner, pour l'appelant.^e *Michel F. Denis* et *Hélène Boucher*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^f LE JUGE LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M^e Denis.

Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit échouer. Nous jugeons que la Cour d'appel à la majorité n'a commis aucune erreur en rejetant l'appel de l'accusé.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.^h *Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.**Procureur de l'intimée: Michel F. Denis, Montréal.*

Régis D'Amours *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. D'AMOURS

File No: 20860.

1990: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeal — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in refusing to admit fresh evidence?***Cases Cited****Referred to:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1988), 15 Q.A.C. 58, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Johanne St-Gelais, for the appellant.*Alain Gaumond*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER J.—We are all of the view that the appeal should be dismissed. One of the grounds of appeal has caught our attention and merits some comment. This is the ground dealing with the Court of Appeal's refusal to admit new evidence. Although the Court of Appeal correctly stated the test established by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, regarding the admission of fresh evidence, and in particular the criterion that it must be likely to affect the result of the case, it erred in applying this test to the present case when it dismissed the application solely on the ground that the evidence in question would neither confirm nor corroborate the appellant's testimony. It does not necessarily follow that the evidence could not nevertheless have an impact on the verdict. We are of the view, however, that given

Régis D'Amours *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. D'AMOURS

N° du greffe: 20860.

1990: 25 janvier.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

*Droit criminel — Appel — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle erré en refusant d'admettre la nouvelle preuve?***Jurisprudence**

d

Arrêt mentionné: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1988), 15 Q.A.C. 58, qui a rejeté l'appel de l'accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Johanne St-Gelais, pour l'appellant.

f

Alain Gaumond, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

g

LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi. Un des moyens retient notre attention et mérite quelques commentaires. Il s'agit de celui ayant trait à la décision de la Cour d'appel de refuser une nouvelle preuve. Quoique la Cour d'appel ait énoncé correctement les critères établis par notre Cour dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, en regard de la réception d'une preuve nouvelle, et plus particulièrement celui à l'effet qu'elle doit être susceptible d'influer sur le résultat de la cause, elle a erré lorsqu'en appliquant cette norme à l'espèce, elle a conclu au rejet de la requête du seul fait que la preuve offerte ne confirmerait pas ni ne corroborerait le témoignage de l'appellant. En effet, il n'en découle pas nécessairement que cette preuve ne pouvait néanmoins avoir un effet sur le verdict. Cependant,

h

i

j

the evidence already in the record, the fresh evidence could not in fact have affected the result.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Johanne St-Gelais, Montréal.

Solicitor for the respondent: Alain Gaumond, Québec.

nous sommes d'avis qu'en regard de la preuve déjà au dossier, la nouvelle preuve n'aurait effectivement pas pu affecter le verdict.

^a Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Johanne St-Gelais, Montréal.

^b *Procureur de l'intimée: Alain Gaumond, Québec.*

Canadian National Railway Company and the Attorney General of Canada *Appellants*

v.

Robert Pasco, Chief of the Oregon Jack Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Oregon Jack Creek Indian Band, and others *Respondents*

and between

Her Majesty The Queen in right of the province of British Columbia and the Attorney General of Canada *Appellants*

v.

Robert Pasco, Chief of the Oregon Jack Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Oregon Jack Creek Indian Band, and others *Respondents*

and

Nuu-Chah-Nulth Tribal Council *Intervener*

INDEXED AS: OREGON JACK CREEK INDIAN BAND v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.

File Nos.: 21420, 21452.

1990: January 25.

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

MOTION FOR A REHEARING OF APPEAL

Courts — Practice — Motion for a rehearing of appeal — Motion dismissed.

Cases Cited

Referred to: *McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17; *Minnes v. Minnes* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Supreme Court Rules, 1976, rr. 33, 34.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et le procureur général du Canada *Appellants*

a c.

Robert Pasco, chef de la bande indienne Oregon Jack Creek, en son propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Oregon Jack Creek, et autres *Intimés*

et entre

c **Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada** *Appellants*

c.

d **Robert Pasco, chef de la bande indienne Oregon Jack Creek, en son propre nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne Oregon Jack Creek, et autres** *Intimés*

e et

Conseil de tribu Nuu-Chah-Nulth *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE OREGON JACK CREEK
c. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA

N^{os} du greffe: 21420, 21452.

1990: 25 janvier.

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

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION DE POURVOI

h *Tribunaux — Pratique — Requête en nouvelle audition de pourvoi — Requête rejetée.*

Jurisprudence

i **Arrêts mentionnés:** *McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17; *Minnes v. Minnes* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86.

Lois et règlements cités

j British Columbia Supreme Court Rules, 1976, règles 33, 34.

MOTION FOR A REHEARING of *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.*, [1989] 2 S.C.R. 1069. Motion dismissed.

E. C. Chiasson, Q.C., and *P. G. Foy*, for the appellant Canadian National Railway Co.

B. Rendell, for the appellant Her Majesty the Queen in right of British Columbia.

A. Pape and *Leslie J. Pinder*, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The plaintiffs (respondents on the appeal) apply for a rehearing of the appeal. We are of the view that the application should be dismissed.

The only issue before us on the appeal was whether the amendments sought to be made to the pleadings should be refused on the ground that the amended pleadings disclosed no cause of action. We decided that issue, holding that the amendments should be allowed: [1989] 2 S.C.R. 1069. On the record before us, in the absence of evidence and given the fledgling character of actions based on aboriginal claims, we were not prepared to say that any of the defects alleged would necessarily be fatal to the claim. Since we could not conclude that the pleadings disclosed no cause of action at this stage, we dismissed the appeal and allowed the pleadings to stand. It is a settled principle that pleadings should not be rejected unless they are clearly and obviously invalid: *McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.); *Minnes v. Minnes* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497 (B.C.C.A.); *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.) A refusal to allow an amendment must meet the same standard.

The plaintiffs now seek to have this Court pronounce on further issues considered by the Court of Appeal (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 344, namely

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION de l'affaire *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069. Requête rejetée.

E. C. Chiasson, c.r., et *P. G. Foy*, pour l'appelante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

B. Rendell, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

A. Pape et *Leslie J. Pinder*, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Les demandeurs (intimés lors du pourvoi) sollicitent une nouvelle audition du pourvoi. Nous sommes d'avis que cette requête doit être rejetée.

La seule question dont nous étions saisis lors du pourvoi était de savoir si les modifications que l'on cherchait à apporter aux actes de procédure devaient être refusées pour le motif que les actes de procédure modifiés ne révélaient aucun droit d'action. Nous avons statué sur cette question et décidé qu'il y avait lieu d'autoriser les modifications: [1989] 2 R.C.S. 1069. D'après le dossier dont nous étions saisis, en l'absence de preuve et compte tenu de la nouveauté des actions fondées sur les revendications des autochtones, nous n'étions pas disposés à affirmer que l'un ou l'autre des vices allégués entraînerait nécessairement le rejet de la demande. Vu qu'il nous était impossible de conclure que les actes de procédure ne révélaient aucun droit d'action à cette étape, nous avons rejeté le pourvoi et autorisé le maintien des actes de procédure. Il est bien établi que les actes de procédure ne doivent pas être rejetés à moins d'être clairement et nettement invalides: *McNaughton v. Baker* (1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.); *Minnes v. Minnes* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497 (C.A.C.-B.); *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.*, [1899] 1 Q.B. 86 (C.A.) Le refus d'autoriser une modification doit satisfaire à la même norme.

Les demandeurs demandent maintenant à notre Cour de se prononcer sur d'autres questions examinées par la Cour d'appel (1989), 34 B.C.L.R. (2d)

that the action was personal in nature rather than derivative and the plaintiffs need not establish either the continued existence of the Indian nations nor authority to bring the action. In pronouncing on these issues, the Court of Appeal went beyond the narrow issue before them — whether the pleadings were clearly invalid. In our opinion, it is premature to pronounce on these questions in the absence of evidence at this early stage of the action. As the conclusions of the Court of Appeal on these issues were *obiter dicta* and as we are not holding that the Court of Appeal erred in arriving at these conclusions but merely that they should not be decided at this time, the plaintiffs cannot complain that a decision in their favour was reversed without their having been heard. Had the matter been brought as a preliminary point of law under British Columbia Rule 33 or 34 with questions of law or mixed law and fact stated for decision, the result might have been otherwise.

The application is dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Canadian National Railway Co.: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the respondents: Mandell Pinder, Vancouver.

344, savoir qu'il s'agissait d'une action de nature personnelle plutôt qu'une action oblique et que les demandeurs n'ont pas à établir l'existence continue des nations indiennes ni le pouvoir d'intenter l'action. En statuant sur ces questions, la Cour d'appel est allée au-delà de la question restreinte dont elle était saisie — celle de savoir si les actes de procédure étaient nettement invalides. À notre avis, il est prématuré de se prononcer sur ces questions en l'absence de preuve à cette étape initiale de l'action. Comme les conclusions de la Cour d'appel sur ces questions se présentent sous forme d'opinions incidentes et comme nous concluons non pas que la Cour d'appel a eu tort de les tirer, mais simplement qu'il ne convient pas de statuer sur ces questions pour l'instant, les demandeurs ne peuvent se plaindre qu'une décision en leur faveur a été infirmée sans qu'ils se soient fait entendre. Si l'affaire avait été soumise à titre de question préliminaire de droit en vertu de la règle 33 ou 34 de la Colombie-Britannique et si on avait demandé de trancher des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait, le résultat aurait pu être différent.

La requête est rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Procureurs de l'appelante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner Downs, Vancouver.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs des intimés: Mandell Pinder, Vancouver.

Edward Lloyd Hicks *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HICKS

File No.: 21020.

1990: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 28 O.A.C. 118, 42 C.C.C. (3d) 394, 64 C.R. (3d) 68, 37 C.R.R. 151, 8 M.V.R. (2d) 191, setting aside the accused's acquittal¹ and ordering a new trial. Appeal dismissed.

David Allan Harris, for the appellant.*Casey Hill* and *John Marsland*, for the respondent.The judgment of the Court was delivered orally *f* by

LAMER J.—It will not be necessary to hear from the Crown. We are ready to hand down judgment now.

This appeal comes to us as of right. We are all of the view, for the reasons given by Mr. Justice Lacourcière for the Court of Appeal of Ontario, that a new trial be directed.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Hillmer & Harris, Oakville.**Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*¹ (1987), 2 W.C.B. (2d) 428.**Edward Lloyd Hicks** *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. HICKS

N° du greffe: 21020.

1990: 31 janvier.

^b Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 28 O.A.C. 118, 42 C.C.C. (3d) 394, 64 C.R. (3d) 68, 37 C.R.R. 151, 8 M.V.R. (2d) 191, qui a annulé le verdict d'acquiescement de l'accusé¹ et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^e *David Allan Harris*, pour l'appellant.*Casey Hill* et *John Marsland*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE LAMER—Il ne sera pas nécessaire d'entendre le ministère public. Nous sommes prêts à rendre notre jugement.

^h Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Nous sommes tous d'avis que, pour les motifs prononcés par le juge Lacourcière au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*ⁱ *Procureurs de l'appellant: Hillmer & Harris, Oakville.**Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*¹ (1987), 2 W.C.B. (2d) 428.

Bank of Montreal Appellant

v.

Arthur Hall Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General for Saskatchewan and the National Farmers Union Interveners

INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. HALL

File No.: 20373.

1989: February 28; 1990: February 1.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Banks and banking — Secured loans — Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act — Security seized — Provincial legislation requiring judicial approval for seizure of security — Whether or not acts constitutional — Whether or not bank required to comply with provisions of provincial act when enforcing security interest created under federal act — Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, ss. 178, 179 (formerly Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89; now Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 178, 179) — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 19, 27.

Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Federal power over banks and banking and provincial power over property and civil rights — Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act — Security seized — Provincial Limitation of Civil Rights Act requiring judicial approval for seizure of security — Whether or not acts constitutional — Whether or not acts conflicting so as to render provincial act inoperative.

Respondent, a Saskatchewan farmer, contracted loans from appellant bank and granted two mortgages on his real property in favour of the Bank and a security interest in a swather pursuant to s. 88 of the *Bank Act* (subsequently s. 178 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980* and now s. 178 of the *Bank Act*).

Banque de Montréal Appelante

c.

Arthur Hall Intimé

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Saskatchewan et le Syndicat national des cultivateurs Intervenants

b

RÉPERTORIÉ: BANQUE DE MONTRÉAL c. HALL

N° du greffe: 20373.

c

1989: 28 février; 1990: 1^{er} février.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Banques et opérations bancaires — Prêts garantis — Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Saisie des biens visés par la sûreté — Loi provinciale exigeant l'approbation judiciaire de la saisie des biens visés par la sûreté — Constitutionnalité des lois — La banque est-elle tenue de se conformer aux dispositions de la loi provinciale quand elle exécute la sûreté établie en vertu de la loi fédérale? — Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, art. 178, 179 (autrefois Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89; maintenant Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 178, 179) — The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 19, 27.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance — Compétence fédérale sur les banques et les opérations bancaires et compétence provinciale sur la propriété et les droits civils — Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Saisie des biens visés par la sûreté — La loi provinciale intitulée The Limitation of Civil Rights Act exige l'approbation judiciaire de la saisie de biens visés par la sûreté — Constitutionnalité des lois — Y a-t-il conflit de lois de manière à rendre la loi provinciale inopérante?

L'intimé, un agriculteur de la Saskatchewan, a contracté des prêts avec la banque appelante et lui a accordé deux hypothèques sur ses biens immobiliers et une sûreté sur une faucheuse conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les banques* (par la suite l'art. 178 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire* et main-

Respondent defaulted and in August 1984, the Bank, acting pursuant to the *Bank Act*, seized the swather and commenced an action to enforce its real property mortgage loan agreement. By way of defence to the foreclosure proceedings, respondent alleged that the Bank had not served the Notice of Intention to Seize required under Saskatchewan's *Limitation of Civil Rights Act* and sought to have the foreclosure proceedings dismissed. He also brought action seeking cancellation of the security agreement and to recover all monies paid on it as provided by this Act. The Bank countered by alleging that it was not subject to the Act in respect of proceedings taken under the *Bank Act*.

In November 1985 the parties applied by way of Notice of Motion for a determination by the Court of Queen's Bench of the question whether a chartered bank was required to comply with *The Limitation of Civil Rights Act* in enforcing a security interest under the *Bank Act*. The Chambers Judge held that the Bank was not required to comply with the provincial legislation. The Court of Appeal, by majority, reversed that decision. The principal issue here was whether a security interest created pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act* may constitutionally be subjected to the procedures for enforcement of security interests prescribed by the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*. Also at issue was the constitutional validity of the relevant provisions of both the federal and provincial Acts. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* were *ultra vires* the province in whole or in part; (2) whether ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980* were *ultra vires* Parliament in whole or in part; and, (3) whether ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980* conflicted with ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* so as to render inoperative ss. 19 to 36 in respect of security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank.

Held: The appeal should be allowed. The first and second constitutional questions should be answered in the negative. As to the third, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to a security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*.

Sections 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, questions of paramountcy apart, come within property and civil rights in the province.

tenant l'art. 178 de la *Loi sur les banques*). L'intimé a fait défaut et, en août 1984, la banque a, conformément à la *Loi sur les banques*, saisi la faucheuse et intenté une action en exécution de son contrat de prêt hypothécaire immobilier. En défense aux procédures de forclusion, l'intimé a allégué que la banque ne lui avait pas signifié l'avis d'intention de saisir exigé en vertu de *The Limitation of Civil Rights Act* de la Saskatchewan et a demandé le rejet des procédures de forclusion. Il a également intenté une action en annulation du contrat de sûreté et en recouvrement des sommes versées en vertu de celui-ci comme le prévoit cette loi. La banque a répliqué qu'elle n'était pas assujettie à la Loi en ce qui concerne les procédures engagées en vertu de la *Loi sur les banques*.

En novembre 1985, les parties ont, par avis de requête, demandé à la Cour du Banc de la Reine de se prononcer sur la question de savoir si une banque à charte était tenue de se conformer à *The Limitation of Civil Rights Act* pour l'exécution d'une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*. Le juge en chambre a conclu que la banque n'était pas tenue de se conformer à la loi provinciale. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé cette décision. La question principale en l'espèce est de savoir si une sûreté établie conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* peut être constitutionnellement assujettie aux procédures d'exécution des sûretés prévues par *The Limitation of Civil Rights Act* de la Saskatchewan. Le pourvoi porte également sur la constitutionnalité des dispositions pertinentes des lois fédérale et provinciale. Les questions constitutionnelles dont cette Cour est saisie sont de savoir: (1) si les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* excèdent en totalité ou en partie les pouvoirs de la province, (2) si les art. 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire* excèdent en totalité ou en partie les pouvoirs du Parlement, et (3) si les art. 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire* entrent en conflit avec les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* de façon à rendre ces articles inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Les première et deuxième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative. Quant à la troisième, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* ne s'appliquent pas à une garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*.

Sous réserve des questions de prépondérance, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* relèvent de la propriété et des droits civils dans la province.

The federal banking power empowers Parliament to create an innovative form of financing and to define, in a comprehensive and exclusive manner, the rights and obligations of borrower and lender pursuant to that interest. Parliament, in the exercise of this power, can both create the ss. 178 and 179 security interest *qua* interest, and define the rights and obligations of the bank and its borrowers pursuant to that interest. The rights, duties and obligations of creditor and debtor are to be determined solely by reference to the *Bank Act*.

The security interest in question here was designed to allow the banks to lend money and make advances to certain classes of borrowers on the security of certain specified goods, including loans and advances to any farmer for the purchase of agricultural implements, on the security of such agricultural implements. The effect of the interest created by s. 178 was to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. Section 179 authorized the bank to sell all or any part of that property and provides that the proceeds of the sale shall be applied against the debt in question. These provisions complement the bank's right under s. 178(3) to take possession of secured property on default.

There can be no hermetic division between banking as a generic activity and the domain covered by property and civil rights. A spillover effect is inevitable. The fact that a given aspect of federal banking legislation cannot operate without having an impact on property and civil rights in the provinces cannot ground a conclusion that that legislation is *ultra vires* as interfering with provincial law where the matter concerned constitutes an integral element of federal legislative competence.

The security interest created by ss. 178 and 179, while at a variance with provincial law, was *intra vires* Parliament because of the policy reasons behind the creation of this security interest. This security interest met the pressing need to provide, on a nationwide basis, for a uniform security mechanism so as to facilitate access to capital by producers of primary resources and manufacturers. It freed borrower and lender from the obligation to defer to a variety of provincial lending regimes and facilitated the ability of banks to realize on its collateral. This in turn translated into important benefits for the borrower: lending became less complicated and more affordable.

The manner in which a bank is permitted to realize on its s. 178 security interest is not a mere appendage or

La compétence fédérale en matière d'opérations bancaires permet au Parlement d'établir une nouvelle forme de financement et de définir, d'une façon complète et exclusive, les droits et obligations des emprunteurs et des prêteurs en vertu de cette sûreté. Le Parlement, dans l'exercice de cette compétence, peut créer la sûreté visée aux art. 178 et 179 en tant que sûreté et définir les droits et obligations de la banque et des emprunteurs en vertu de cette sûreté. Les droits et obligations des créanciers et des débiteurs ne peuvent être déterminés qu'en fonction de la *Loi sur les banques*.

La sûreté visée en l'espèce a pour but de permettre aux banques de consentir des prêts ou des avances de fonds à certaines catégories d'emprunteurs moyennant garantie portant sur certains biens précis, y compris des prêts et des avances de fonds à tout agriculteur pour l'achat de matériel agricole mobilier, moyennant garantie portant sur ledit matériel. La sûreté établie par l'art. 178 a pour effet de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est réalisée. L'article 179 permet à la banque de vendre ces biens en totalité ou en partie et prévoit que le produit de la vente servira à régler la dette en question. Ces dispositions viennent compléter le droit de la banque, en vertu du par. 178(3), de prendre possession des biens visés par la sûreté en cas de non-paiement.

Il ne peut y avoir de cloison étanche entre les opérations bancaires comme activité générale et le domaine visé par la propriété et les droits civils. Les retombées sont inévitables. Le fait qu'un aspect donné de la loi fédérale sur les opérations bancaires ne puisse s'appliquer sans avoir de répercussions sur la propriété et les droits civils dans les provinces ne saurait justifier une conclusion que cette loi est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle empiète sur le droit provincial lorsque la matière visée fait intégralement partie de la compétence législative fédérale.

La sûreté établie par les art. 178 et 179, quoiqu'elle déroge à la loi provinciale, est conforme à la compétence du Parlement à cause des raisons de principe à l'origine de l'adoption de cette sûreté. Cette sûreté répondait au besoin urgent d'offrir à l'échelle nationale un mécanisme de sûreté uniforme pour faciliter l'accès des producteurs de produits de base et des fabricants aux capitaux. Elle libérait les emprunteurs et les prêteurs de l'obligation de se soumettre à divers régimes de crédit provinciaux et permettait aux banques de réaliser plus facilement leur sûreté accessoire. Cela comportait également des avantages importants pour l'emprunteur: l'obtention de crédit moins compliquée et plus accessible.

La manière dont une banque peut réaliser la sûreté visée à l'art. 178 n'est pas une simple formalité du

gloss upon the overall scheme of the Act but rather the very linchpin of the security interest. It is integral to, and inseparable from, the legislative scheme. Severing the realization provisions would defeat the specific purpose of the *Bank Act* security interest for the banks would then be forced to contend with all the idiosyncracies and variables of the various provincial schemes.

There is an actual conflict in operation between ss. 178 and 179 of the *Bank Act* and ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* and accordingly ss. 19 to 36 are inoperative in respect of security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. The legislative purpose of Parliament would be displaced if the bank were required to defer to the provincial legislation in order to realize on its security.

The *Bank Act* provides that a lender may, on default of the borrower, seize the security; *The Limitation of Civil Rights Act* forbids a creditor from immediately repossessing the secured article on pain of determination of the security interest. The unqualified right of seizure granted to the bank by the federal legislation is restricted by the provincial legislation to situations where leave has been granted by judge, who will apply criteria formulated by the Province as to when and under what circumstances seizure can take place. It is not open to a provincial legislature to qualify in this way a right given and defined in a federal statute even though the sole effect of the provincial legislation would be to delay the bank's ability to take possession of its security.

Dual compliance is impossible when application of the provincial statute can fairly be said to frustrate Parliament's legislative purpose. The section 178 security interest would no longer be cognizable as such the moment provincial legislation might operate to superadd conditions governing realization over and above those found within the confines of the *Bank Act*.

Cases Cited

Applied: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; **considered:** *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] S.C.R. 605; *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631; **distinguished:** *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433; **referred to:** *Abitibi Power & Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536; *Canada Trust Co. v. Hanson* (1949), 1 D.L.R. 375, aff'd [1951] S.C.R. 366; *Merchants' Bank of Canada v. Smith* (1884), 8 S.C.R. 512; *Bank of Montreal v.*

régime général de la Loi; elle constitue plutôt le pivot même de la sûreté. Elle fait partie intégrante et est inséparable du régime législatif. Supprimer les dispositions portant sur la réalisation irait à l'encontre de l'objet précis de la sûreté de la *Loi sur les banques*, car les banques seraient alors obligées de se conformer à toutes les particularités et variables des divers régimes provinciaux.

Il y a un conflit réel d'application entre les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* et, par conséquent, ces derniers articles sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. L'intention du Parlement risquerait d'être écartée si la banque devait respecter la loi provinciale pour réaliser sa sûreté.

La *Loi sur les banques* prévoit que le créancier peut, en cas de défaut de la part de l'emprunteur, saisir les biens visés par la sûreté; *The Limitation of Civil Rights Act* interdit au créancier de rentrer immédiatement en possession des biens donnés en garantie sous peine de résolution de la sûreté. Le droit absolu de saisie que la loi fédérale accorde à la banque est limité par la loi provinciale aux cas où une autorisation est accordée par un juge qui applique les critères formulés par la province en ce qui concerne le moment et les circonstances où la saisie peut avoir lieu. Une législature provinciale ne peut pas restreindre de cette façon un droit accordé et défini dans une loi fédérale, même si le seul effet de la loi provinciale serait de retarder la capacité de la banque de prendre possession des biens visés par la sûreté.

Il est impossible de se conformer aux deux textes lorsqu'il est raisonnable d'affirmer que l'application de la loi provinciale aura pour effet de déjouer l'intention du Parlement. La sûreté de l'art. 178 ne serait plus reconnaissable comme telle si la loi provinciale pouvait surajouter des conditions régissant sa réalisation en plus de celles qui se trouvent dans la *Loi sur les banques*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; **arrêts examinés:** *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] R.C.S. 605; *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631; **distinction d'avec l'arrêt:** *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; **arrêts mentionnés:** *Abitibi Power & Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536; *Canada Trust Co. v. Hanson* (1949), 1 D.L.R. 375, conf. par [1951] R.C.S. 366; *Merchants'*

Guaranty Silk Dyeing & Finishing Co. (1935), 4 D.L.R. 483; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.* (1984), 52 C.B.R. 145; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting Incorporated Banks, C.S.C. 1859, c. 54.
Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 86(2), 88.
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 178, 179.
Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, ss. 178, 179.
Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(2).
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 19 to 36.
Mercantile Amendment Act, R.S.O. 1887, c. 122.
Personal Property Security Act, S.S. 1979-80, c. P-6.1.

Authors Cited

Anstie, R. H. "The Historical Development of Pledge Lending in Canada", Part I, *The Canadian Banker* 74, 2 (Summer 1967): 81-89; Part II, *The Canadian Banker* 74, 3 (Autumn 1967): 35-44.
 Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1929.
 Falconbridge, John Delatre. *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
 Galbraith, John Alexander. *Canadian Banking*. Toronto: Ryerson Press, 1970.
 Lederman, W. R. "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 *McGill L.J.* 185.
 Moodie, William. "Accounts Receivable, Section 88 Of The Bank Act, And Inventory Financing — A Banker's View", Meredith Memorial Lectures, 1967 Series, McGill University Faculty of Law. *Security in Moveable Property*. Montreal: Wilson & Lafleur Ltd., 1967.
 Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 54 Sask. R. 30, 36 D.L.R.

Bank of Canada v. Smith (1884), 8 R.C.S. 512; *Bank of Montreal v. Guaranty Silk Dyeing & Finishing Co.* (1935), 4 D.L.R. 483; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. R.* (1984), 52 C.B.R. 145; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87.

Lois et règlements cités

Acte concernant les banques incorporées, S.R.C. 1859, ch. 54.
 c *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 19 à 36.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(2).
Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, art. 178, 179.
 d *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 178, 179.
Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 86(2), 88.
Mercantile Amendment Act, R.S.O. 1887, ch. 122.
 e *Personal Property Security Act*, S.S. 1979-80, ch. P-6.1.

Doctrine citée

Anstie, R. H. «The Historical Development of Pledge Lending in Canada», Part I, *The Canadian Banker* 74, 2 (Summer 1967): 81-89; Part II, *The Canadian Banker* 74, 3 (Autumn 1967): 35-44.
 f Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1929.
 Falconbridge, John Delatre. *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
 g Galbraith, John Alexander. *Canadian Banking*. Toronto: Ryerson Press, 1970.
 Lederman, W. R. «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada» (1963), 9 *McGill L.J.* 185.
 h Moodie, William. «Accounts Receivable, Section 88 Of The Bank Act, And Inventory Financing — A Banker's View», Meredith Memorial Lectures, 1967 Series, McGill University Faculty of Law. *Security in Moveable Property*. Montreal: Wilson & Lafleur Ltd., 1967.
 i Moull, William D. «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242.

j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 54 Sask. R. 30, 36

(3d) 523, [1987] 3 W.W.R. 525, allowing an appeal from Matheson J. in Chambers (1985), 46 Sask. R. 182. Appeal allowed. The first and second constitutional questions should be answered in the negative. As to the third, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to a security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*.

William Softley and Dale Doan, for the appellant.

Gary Semenchuck, Q.C., for the respondent.

T. B. Smith, Q.C., and *James Mabbutt, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Audrey Brent, for the intervener the National Farmers Union.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The principal issue in this appeal is whether a security interest created pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act* may constitutionally be subjected to the procedures for enforcement of security interests prescribed by the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*. It also raises the constitutional validity of the relevant provisions of both the federal and provincial Acts.

Facts

The respondent, Arthur Hall, a farmer in Saskatchewan, contracted loans from the appellant Bank of Montreal in the early 1980s. As collateral, Mr. Hall granted two mortgages on his real property in favour of the Bank. The loans were also secured by a security interest in a piece of farm machinery, a 1980 Versatile swather, pursuant to s. 88 of the *Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1, subsequently s. 178 of the *Banks and Banking Law*

D.L.R. (3d) 523, [1987] 3 W.W.R. 525, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge en chambre Matheson (1985), 46 Sask. R. 182. Pourvoi accueilli. Les première et deuxième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative. Quant à la troisième, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* ne s'appliquent pas à une garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*.

William Softley et Dale Doan, pour l'appelante.

Gary Semenchuck, c.r., pour l'intimé.

T. B. Smith, c.r., et *James Mabbutt, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Audrey Brent, pour l'intervenant le Syndicat national des cultivateurs.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La principale question que soulève ce pourvoi est de savoir si une sûreté établie conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* peut être constitutionnellement assujettie aux procédures d'exécution des sûretés prévues par *The Limitation of Civil Rights Act* de la Saskatchewan. Le pourvoi porte également sur la constitutionnalité des dispositions pertinentes des lois fédérale et provinciale.

Les faits

Au début des années 80, l'appelante, la Banque de Montréal, a consenti des prêts à l'intimé, Arthur Hall, un agriculteur de la Saskatchewan. À titre de garantie, M. Hall a accordé à la banque deux hypothèques sur ses biens immobiliers. Les prêts étaient également assortis d'une sûreté sur une pièce de matériel agricole, une faucheuse de marque Versatile 1980, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1,

Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, now s. 178 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1.

Mr. Hall defaulted on his loan, and in August 1984, the Bank, pursuant to the provisions of the *Bank Act*, seized the swather and commenced an action to enforce its real property mortgage loan agreement. By way of defence to the foreclosure proceedings, Mr. Hall alleged that the Bank had not served the Notice of Intention to Seize required under the provisions of *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16, and accordingly sought to have the foreclosure proceedings dismissed. He also brought action for cancellation of the security agreement and to recover all monies paid thereon as provided by this Act. The Bank of Montreal countered by alleging that it was not subject to the Act in respect of proceedings taken under the *Bank Act*.

In November 1985, the parties, by Notice of Motion filed before the Court of Queen's Bench for Saskatchewan, applied for a determination of the question whether the plaintiff, as a chartered bank, was required to comply with *The Limitation of Civil Rights Act* in enforcing a security interest under the *Bank Act*.

Judicial History

The Court of Queen's Bench

The Chambers Judge, Matheson J., held that the Bank was not required to comply with *The Limitation of Civil Rights Act*. He expressed the opinion that the amended definition of "security interest" in s. 19(f) of *The Limitation of Civil Rights Act* was not meant to extend to a security interest under s. 178 of the *Bank Act*, but was solely intended to bring *The Limitation of Civil Rights Act* into line with the personal property security interests provided for in Saskatchewan's *Personal Property Security Act*, S.S. 1979-80, c. P-6.1.

Matheson J. nonetheless went on to deal with the case on the assumption that the Act did apply

plus tard l'art. 178 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, maintenant l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1.

^a Monsieur Hall a fait défaut dans le paiement de son prêt et, en août 1984, la banque a, conformément à la *Loi sur les banques*, saisi la faucheuse et intenté une action en exécution de son contrat de prêt hypothécaire immobilier. En défense aux procédures de forclusion, M. Hall a allégué que la banque ne lui avait pas signifié l'avis d'intention de saisir exigé en vertu des dispositions de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, et a donc demandé le rejet des procédures de forclusion. Il a également intenté une action en annulation du contrat de sûreté et en recouvrement des sommes versées en vertu de celui-ci comme le prévoit cette loi. La Banque de Montréal a répliqué qu'elle n'était pas assujettie à la Loi en ce qui concerne les procédures engagées en vertu de la *Loi sur les banques*.

^e En novembre 1985, les parties ont, par avis de requête déposé devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, demandé que celle-ci se prononce sur la question de savoir si la demanderesse, en qualité de banque à charte, était tenue de se conformer à *The Limitation of Civil Rights Act* pour l'exécution d'une sûreté établie en vertu de la *Loi sur les banques*.

L'historique judiciaire

^g *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge en chambre Matheson a conclu que la banque n'était pas tenue de se conformer à *The Limitation of Civil Rights Act*. Il a exprimé l'avis que la définition modifiée du terme [TRADUCTION] «sûreté» à l'al. 19f) de *The Limitation of Civil Rights Act* avait pour but non pas de s'appliquer à une sûreté établie en vertu de l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, mais seulement de rendre *The Limitation of Civil Rights Act* conforme aux dispositions sur les sûretés mobilières de *The Personal Property Security Act* de la Saskatchewan, S.S. 1979-80, ch. P-6.1.

^j Quoi qu'il en soit, le juge Matheson a poursuivi l'examen de l'affaire en tenant pour acquis que la

to chartered banks. He opined that it was "entirely possible", in view of the development of financial and commercial institutions that are subject to provincial consumer protection, that s. 178(3) of the *Bank Act*, though purporting to be enacted under the federal power to regulate banking, might be *ultra vires* as trenching on provincial jurisdiction over property and civil rights. He noted, however, that this question had not been properly put in issue before him and proceeded on the assumption that the provision had been validly enacted. He went on to draw attention to the fact that the Bank, if required to comply with the provincial legislation, would be subject to the penalty provision of s. 27 whereby failure to give the requisite Notice of Intention to Seize results in the termination of the security agreement and the release of the debtor from all further obligations. In Matheson J.'s view, the provincial legislature did not have authority to enact legislation which had the effect of negating a federally created security agreement, even if the provincial legislature were held competent to limit the manner in which it could be enforced.

The Court of Appeal

The Court of Appeal, by majority, reversed the decision of the Chambers judge; (1987), 54 Sask. R. 30. Writing for the majority, Sherstobitoff J.A., rejected the notion that the definition of "security interest" in *The Limitation of Civil Rights Act* would not extend to a s. 178 security interest taken by a chartered bank. Noting that the Legislature had expressly excluded other security interests created pursuant to federal legislation from the definition in s. 19, but had not done so in the case of s. 178 interests, he declined to accord any special significance to the fact that *The Limitation of Civil Rights Act* was only amended following the enactment of *The Personal Property Security Act*.

Sherstobitoff J.A. then turned to the question whether the doctrine of paramountcy applied so as to suspend the provincial legislation or render it inoperative. There was no question that s. 178 fell

Loi s'appliquait aux banques à charte. À son avis, il était [TRADUCTION] «tout à fait possible», compte tenu du nombre croissant d'institutions financières et commerciales assujetties aux lois provinciales sur la protection du consommateur, que le par. 178(3) de la *Loi sur les banques*, bien que censé être adopté en vertu de la compétence fédérale en matière de réglementation des banques, soit inconstitutionnel pour cause d'empiètement sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Il a cependant fait remarquer que cette question n'avait pas été dûment soulevée devant lui et il a présumé que la disposition avait été adoptée valablement. Il a poursuivi en soulignant que si la banque était tenue de se conformer à la loi provinciale elle serait assujettie à la sanction prévue à l'art. 27 selon laquelle l'omission de donner l'avis requis de l'intention de saisir met fin au contrat de sûreté et libère le débiteur de toutes autres obligations. Selon le juge Matheson, le législateur provincial n'avait pas le pouvoir d'adopter une loi qui avait pour effet d'annuler un contrat de sûreté établi en vertu d'une loi fédérale même si on concluait que la loi provinciale pouvait limiter la manière dont il pouvait être exécuté.

La Cour d'appel

La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé la décision du juge en chambre: (1987), 54 Sask. R. 30. Le juge Sherstobitoff, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a rejeté l'idée que la définition du terme [TRADUCTION] «sûreté» dans *The Limitation of Civil Rights Act* ne puisse s'étendre à une sûreté établie en vertu de l'art. 178 par une banque à charte. Soulignant que le législateur avait expressément exclu de la définition de l'art. 19 d'autres sûretés établies en vertu de lois fédérales, mais ne l'avait pas fait dans le cas des sûretés fondées sur l'art. 178, il a refusé d'accorder une importance particulière au fait que *The Limitation of Civil Rights Act* avait été modifiée seulement à la suite de l'adoption de *The Personal Property Security Act*.

Le juge Sherstobitoff a ensuite abordé la question de savoir si la théorie de la prépondérance s'appliquait de façon à suspendre la loi provinciale ou à la rendre inopérante. Il ne faisait pas de doute

within the federal power respecting banks and banking. However, in his opinion, by application of the test for paramountcy laid down by this Court in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, this was not a case where there was an express contradiction between the two enactments. *The Limitation of Civil Rights Act* could not be said to operate so as to affect the amount of a debtor's indebtedness or his liability for payment. It merely imposed an obligation on the bank to give notice prior to seizure so as to permit a debtor to make an application to the court for an order specifying the procedures to be followed for realizing on the security. This obligation might delay a bank's ability to realize on its security but this, in itself, did not imply an inconsistency or incompatibility between the federal and provincial enactments. He thus put it, at p. 40:

Paramountcy applies only where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes", the other "no", or compliance with one is defiance of the other. I can find no such conflict in this case. A bank may be delayed in realizing upon its s. 178 security, but it will not be denied its remedy so long as it follows the required procedure.

The dissenting judge, Wakeling J.A., agreed that the definition of "security interest" embraced security interests granted pursuant to s. 178 of the *Bank Act*. While conceding that there was logic behind the assumption that the amendment to the definition of "security interest" had been merely in the nature of a "housekeeping measure" designed to ensure that related legislation conformed to Saskatchewan's *Personal Property Security Act*, Wakeling J.A. nevertheless concluded that the language was so clear and unambiguous as to support the view that the Legislature had intended to include s. 178 security interests within the meaning of the definition.

On the question of paramountcy, however, Wakeling J.A. parted company with the majority. As he saw it, the crux of the matter lay in the fact that the provincial legislation purported to subject to the operation of provincial law a security interest created by federal legislation that gave a bank

que l'art. 178 relevait de la compétence fédérale sur les banques et les opérations bancaires. Cependant, appliquant le critère de la prépondérance établi par notre Cour dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, il a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas en l'espèce de conflit exprès entre les deux lois. On ne pouvait affirmer que *The Limitation of Civil Rights Act* avait pour effet de modifier l'état d'endettement du débiteur ou son obligation de payer. Elle obligeait seulement la banque à donner un préavis de saisie pour permettre au débiteur de s'adresser à la cour pour obtenir une ordonnance précisant la procédure à suivre pour réaliser la sûreté. Cette obligation pouvait retarder la banque dans la réalisation de sa sûreté, mais cela n'impliquait pas en soi l'existence d'une incompatibilité entre les lois fédérale et provinciale. Il a ainsi affirmé, à la p. 40:

[TRADUCTION] Il y a prépondérance seulement lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non», ou lorsque l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre. J'estime qu'il n'existe aucun conflit de la sorte en l'espèce. Une banque peut être retardée dans la réalisation de sa sûreté fondée sur l'art. 178, mais elle ne sera pas privée de son redressement dans la mesure où elle suit la procédure requise.

Le juge Wakeling, dissident en Cour d'appel, a reconnu que la définition du terme [TRADUCTION] «sûreté» comprenait les sûretés accordées en vertu de l'art. 178 de la *Loi sur les banques*. Tout en reconnaissant une certaine logique à la présomption que la modification de la définition du terme «sûreté» participait simplement de la nature d'une [TRADUCTION] «mesure interne» destinée à assurer la conformité des lois connexes à *The Personal Property Security Act* de la Saskatchewan, le juge Wakeling a néanmoins conclu que la clarté et l'absence d'ambiguïté du texte confirmaient l'opinion que le législateur avait eu l'intention d'inclure la sûreté établie en vertu de l'art. 178 dans la portée de la définition.

Cependant, sur la question de la prépondérance, le juge Wakeling s'est dissocié de la majorité. Selon lui, le nœud de l'affaire était que la loi provinciale avait pour objet d'assujettir à l'application du droit provincial une sûreté établie par une loi fédérale qui conférait à une banque un droit

an unqualified right of seizure on the default of a loan. This restriction on an unqualified right to seize, concluded Wakeling J.A., satisfied the test for paramountcy set out by this Court in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*. Compliance with the legislation of the one jurisdiction would necessarily entail defiance of the other. He stated, at p. 35:

This test must be applied within a specific time frame, and in this case that time is when a bank has made a decision to seize as a result of default. When that decision is made, the clear fact is the **Bank Act** provides that the bank can do so while the **Limitation of Civil Rights Act** indicates it can not. I perceive this to be a conflict sufficient to meet the test previously described as the right of seizure given under federal legislation cannot be exercised without being in defiance of provincial legislation.

The Appeal to this Court

Leave to appeal to this Court was then sought and granted, and the following constitutional questions were stated:

1. Are ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16, *ultra vires* the Legislature of Saskatchewan in whole or in part?
2. Are ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act*, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, *ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part?
3. Do ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act*, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, conflict with ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16, so as to render inoperative ss. 19 to 36 in respect of security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank?

The Attorneys General of Canada, New Brunswick and Saskatchewan intervened. Those of Ontario, Quebec, Manitoba and British Columbia also intervened but later withdrew. As well, the National Farmers Union applied for and was granted leave to intervene.

absolu de saisie en cas de défaut de paiement d'un prêt. Le juge Wakeling a conclu que cette restriction au droit absolu de saisir respectait le critère de la prépondérance établi par notre Cour dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*. L'observance de l'une des lois entraînait forcément l'inobservance de l'autre. Il dit, à la p. 35:

[TRADUCTION] Ce critère doit être appliqué à un moment précis et en l'espèce ce moment est lorsqu'une banque a décidé de saisir par suite du défaut. Lorsque cette décision est prise, il est clair que la **Loi sur les banques** permet à la banque d'agir alors que la **Limitation of Civil Rights Act** ne le lui permet pas. J'estime qu'il s'agit là d'un conflit suffisant pour satisfaire au critère décrit précédemment puisque le droit de saisie conféré en vertu de la loi fédérale ne peut être exercé sans porter atteinte à la loi provinciale.

a Le pourvoi devant notre Cour

La Cour a fait droit à la requête en autorisation de pourvoi et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Les articles 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, excèdent-ils en totalité ou en partie les pouvoirs de la législature de la Saskatchewan?
2. Les articles 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, excèdent-ils en totalité ou en partie les pouvoirs du Parlement du Canada?
3. Les articles 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, entrent-ils en conflit avec les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, de façon à rendre ces articles inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte?

Le procureur général du Canada et les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de la Saskatchewan sont intervenus. Ceux de l'Ontario, du Québec, du Manitoba et de la Colombie-Britannique sont également intervenus, mais se sont désistés par la suite. De même, le Syndicat national des cultivateurs a demandé et obtenu l'autorisation d'intervenir.

Sections 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*

Apart from the possible conflict with federal legislation (a matter I shall deal with later), no argument was made in the courts below or in this Court challenging the constitutionality of ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* and, in my view, no such challenge could be seriously mounted. It is not necessary to reproduce these provisions here. Suffice it to say that they confer on a debtor the right to seek court supervision of the realization of a secured debt, and thus may have the effect of suspending the right of a secured creditor to realize on its security. They allow a debtor an opportunity to redeem or reinstate a security agreement. In particular, s. 21 requires a secured creditor to give notice to the debtor of its intention to take possession of secured property, and if it fails to do so, the security agreement (by s. 27) is terminated and the debtor is released from all liability under the agreement and is entitled to recover any monies already paid. I have no difficulty holding, questions of paramountcy apart, that such legislation may fairly be said to come within property and civil rights in the province, and thus *intra vires* the provincial legislature; see *Abitibi Power & Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536 (P.C.), and *Canada Trust Co. v. Hanson* (1949), 1 D.L.R. 375, aff'd [1951] S.C.R. 366.

Sections 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980*

The analysis of the question whether ss. 178 and 179 of the *Bank Act* are in any way *ultra vires* the Parliament of Canada begins with an examination of the federal banking power itself, s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867*, which reads as follows:

91. . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

Les articles 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*

Sous réserve de la possibilité de conflit avec la loi fédérale (une question que je traiterai plus loin), aucun argument n'a été soumis devant les tribunaux d'instance inférieure ou devant notre Cour en vue d'attaquer la constitutionnalité des art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* et j'estime qu'aucune attaque de cette nature ne saurait être montée sérieusement. Il n'est pas nécessaire de reproduire ces dispositions ici. Il suffit de dire qu'elles confèrent au débiteur le droit de demander aux tribunaux de surveiller la réalisation de la créance garantie et qu'elles peuvent donc avoir l'effet de suspendre le droit d'un créancier garanti de réaliser sa sûreté. Elles donnent au débiteur la possibilité de rembourser sa dette ou de rétablir un contrat de sûreté. En particulier, l'art. 21 exige que le créancier garanti donne avis au débiteur de son intention de prendre possession du bien grevé d'une sûreté, à défaut de quoi le contrat de sûreté (en vertu de l'art. 27) prend fin et le débiteur est libéré de toutes ses obligations en vertu du contrat et peut recouvrer les sommes déjà versées. Il m'est facile de conclure, abstraction faite des questions de prépondérance, que cette loi relève vraisemblablement de la propriété et des droits civils dans la province et est donc conforme à la compétence de la législature provinciale; voir *Abitibi Power & Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536 (C.P.), et *Canada Trust Co. v. Hanson* (1949), 1 D.L.R. 375, conf. par [1951] R.C.S. 366.

Les articles 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*

Pour déterminer si les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* excèdent d'une façon quelconque la compétence du Parlement du Canada, il faut d'abord examiner la compétence fédérale elle-même sur les opérations bancaires, conférée par le par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui se lit ainsi:

91. . . . l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

15. Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money.

The *locus classicus* as to the meaning of this provision is, of course, the pronouncement of Lord Watson in *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, where the Privy Council was called upon to consider “whether warehouse receipts, taken in security by a bank in the course of the business of banking” are matters falling within the provision. In the course of his judgment, Lord Watson, at p. 46, gave a broad interpretation of the federal banking power in the following passage:

The legislative authority conferred by these words is not confined to the mere constitution of corporate bodies with the privilege of carrying on the business of bankers. It extends to the issue of paper currency, which necessarily means the creation of a species of personal property carrying with it rights and privileges which the law of the province does not, and cannot, attach to it. It also comprehends “banking,” an expression which is wide enough to embrace every transaction coming within the legitimate business of a banker.

Lord Watson’s pronouncement echoes the view taken by this Court in *Merchants’ Bank of Canada v. Smith* (1884), 8 S.C.R. 512, where, at p. 541, Henry J. held that everything necessarily connected with banking fell within the powers of Parliament even though they might interfere, in some respects, with property and civil rights.

Given the broad sweep of his definition of banking, it was hardly necessary for Lord Watson to venture an exhaustive enumeration of the actual practices that fell within the ambit of the “legitimate business of a banker”. But in remarks with immediate relevance to this case, he, again at p. 46, did make it clear that he took for granted that the business of banking would necessarily embrace the “lending of money on the security of goods, or of documents representing the property of goods”.

The respondent did not directly challenge this proposition, but sought to qualify it somewhat. He conceded, rightly in my view, that the federal

15. Les banques, la constitution en corporation des banques et l’émission du papier-monnaie;

L’énoncé classique quant au sens de cette disposition est évidemment celui de lord Watson dans l’arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, dans lequel on avait demandé au Conseil privé de déterminer si des [TRADUCTION] «récépissés d’entrepôt pris en garantie par une banque dans le cadre de ses opérations bancaires» relèvent de la disposition. Dans l’extrait suivant de ses motifs, à la p. 46, lord Watson a donné une interprétation large de la compétence fédérale sur les opérations bancaires:

[TRADUCTION] Le pouvoir législatif conféré par ces mots ne se restreint pas à la simple constitution en personne morale d’organismes qui ont le privilège d’exercer les activités de banquiers. Il s’étend à l’émission du papier-monnaie, ce qui comprend forcément la création d’une sorte de biens mobiliers comportant des droits et des privilèges sur lesquels le droit de la province ne s’applique pas ni ne peut s’appliquer. Il comprend également les «opérations bancaires», une expression suffisamment large pour comprendre toute opération entrant dans l’entreprise légitime d’un banquier.

Les propos de lord Watson reprennent le point de vue adopté par notre Cour dans l’arrêt *Merchants’ Bank of Canada v. Smith* (1884), 8 R.C.S. 512, où à la p. 541, le juge Henry a conclu que tout ce qui est nécessairement lié aux opérations bancaires relève de la compétence du Parlement même s’il peut y avoir à certains égards empiètement sur la propriété et les droits civils.

Étant donné la portée générale de sa définition des opérations bancaires, il n’était guère nécessaire à lord Watson d’entreprendre une énumération exhaustive des pratiques réelles qui relevaient de la portée de «l’entreprise légitime d’un banquier». Mais dans des remarques directement applicables à la présente affaire, il a, toujours à la p. 46, dit clairement qu’il tenait pour acquis que les opérations bancaires comprendraient nécessairement le [TRADUCTION] «prêt d’argent moyennant garantie portant sur des biens ou des documents constatant le droit de propriété sur des biens».

L’intimé n’a pas contesté directement cette affirmation, mais a tenté de la nuancer quelque peu. Il a reconnu, à juste titre à mon avis, que la

banking power extends to allowing Parliament to define a security interest and to permit borrowing on the strength of that interest. He submitted, however, that Parliament could not, pursuant to this power, legislate with respect to the requirements relating to the realization and enforcement of that interest. Such provisions, he argued, would trench on the exclusive jurisdiction of the provinces respecting property and civil rights.

Consideration of this proposition logically begins with a general outline of the nature of the ss. 178 and 179 security interest itself. In essence, as is apparent from s. 178(1)(a) to (j), the security interest in question here is designed to allow the banks to “lend money and make advances” to certain classes of borrowers on the security of certain specified goods, comprehensively defined in paras. (a) to (j), and including loans and advances “to any farmer for the purchase of agricultural implements, on the security of such agricultural implements”.

By section 178(2), a bank may take security in property owned by the borrower at the time of the loan transaction, and any property acquired during the pendency of the security agreement. The rights and powers of the bank with respect to the secured property are set out in s. 178(2)(c). By the terms of s. 178(2)(c), these rights and powers are stated to be “the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which such property was described”. These powers are defined, in turn, in s. 186 of the Act where it is specified that any warehouse receipt or bill acquired by a bank as security for the payment of a debt, vests in the bank all the right and title to goods, wares and merchandise covered by the holder or owner thereof.

The nature of the rights and powers vested in the bank by the delivery of the document giving the security interest has been the object of some debate. Argument has centred on whether the security interest should be likened to a pledge or bailment, or whether it is more in the nature of a chattel mortgage. I find the most precise description of this interest to be that given by Professor

compétence fédérale sur les opérations bancaires va jusqu'à permettre au Parlement de définir une sûreté et d'autoriser l'emprunt sur la foi de cette sûreté. Il a cependant prétendu que le Parlement ne pouvait pas, suivant cette compétence, légiférer quant aux conditions applicables à la réalisation et à l'exécution de cette sûreté. Il a soutenu que ces dispositions empiéteraient sur la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils.

L'examen de cette proposition commence logiquement par un exposé général de la nature de la sûreté visée aux art. 178 et 179. Comme il ressort clairement des al. 178(1)a) à j), la sûreté visée en l'espèce a essentiellement pour but de permettre aux banques de «consentir des prêts ou avances de fonds» à certaines catégories d'emprunteurs moyennant garantie portant sur certains biens précis, définis de façon détaillée aux al. a) à j), y compris des prêts et des avances de fonds «à tout agriculteur pour l'achat de matériel agricole mobilier, moyennant garantie portant sur ledit matériel».

En vertu du par. 178(2), une banque peut obtenir une garantie portant sur des biens appartenant à l'emprunteur au moment de l'emprunt et sur tous les biens acquis pendant la durée du contrat de sûreté. Les droits de la banque à l'égard des biens visés par la sûreté sont énoncés à l'al. 178(2)c). Selon les termes de l'al. 178(2)c), ces droits sont «les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens». Ces droits sont à leur tour définis à l'art. 186 de la Loi où il est dit que tout récépissé d'entrepôt ou connaissance acquis par une banque à titre de garantie du paiement d'une dette confère à la banque tous les droit et titre de propriété sur les effets, denrées ou marchandises que le détenteur ou propriétaire avait sur ceux-ci.

La nature des droits conférés à la banque par la remise du document accordant la sûreté a fait l'objet de certaines discussions. Les débats ont porté sur la question de savoir si la sûreté devrait être comparée à un gage ou à un dépôt en garantie, ou si elle tient davantage d'une hypothèque mobilière. J'estime que la description la plus précise de cette sûreté est celle que donne le profes-

Moull in his article "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251. Professor Moull, correctly in my view, stresses that the effect of the interest is to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. He states, at p. 251:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 effectively acquires legal title to the borrower's interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank's interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time.

Section 179(4) sets out the general powers of the bank in the event of non-payment of the loan or advance secured by the property assigned to it by s. 178. In a word, this section authorizes the bank to sell all or any part of that property and provides that the proceeds of the sale shall be applied against the debt in question. These provisions complement the bank's right under s. 178(3) to take possession of secured property on default.

The Historical Record

I turn next to a consideration of the historical circumstances behind the creation of this security interest. For if the above remarks suffice to give a basic understanding of the operation of the s. 178 security interest, it is only in light of the historical record that one can appreciate the rationale for the creation of this particular security interest which, as noted in *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, is unique to Canadian banking legislation.

In "The Historical Development of Pledge Lending in Canada", Part I, *The Canadian Banker* 74, 2 (Summer 1967): 81-89, and Part II, *The Canadian Banker* 74, 3 (Autumn 1967): 35-44, Anstie traces the predecessors to the s. 178

seur Moull dans son article intitulé «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242, à la p. 251. Le professeur Moull souligne, à juste titre à mon avis, que l'effet de la sûreté est de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est réalisée. Il affirme, à la p. 251:

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l'art. 178 acquiert effectivement les droits que l'emprunteur avait dans les biens actuels et acquis après coup qu'il a cédés à la banque. Le droit de la banque grève les biens cédés dès que la sûreté est consentie ou dès que l'emprunteur acquiert les biens et ceux-ci demeurent grevés jusqu'à ce que la banque accorde mainlevée, malgré les changements apportés aux attributs ou aux éléments des biens cédés. L'emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en *equity*, mais la banque devient effectivement titulaire de tous les droits que l'emprunteur avait sur les biens cédés.

Le paragraphe 179(4) énonce les pouvoirs généraux de la banque en cas de non-paiement du prêt ou des avances de fonds accordés moyennant sûreté portant sur les biens cédés en vertu de l'art. 178. En un mot, cet article permet à la banque de vendre ces biens en totalité ou en partie et prévoit que le produit de la vente servira à régler la dette en question. Ces dispositions viennent compléter le droit de la banque, en vertu du par. 178(3), de prendre possession des biens visés par la sûreté en cas de non-paiement.

Compte rendu historique

J'examine maintenant les circonstances historiques à l'origine de cette sûreté. Même si les remarques précédentes suffisent pour donner un aperçu général du fonctionnement de la sûreté visée à l'art. 178, ce n'est qu'en tenant compte de l'aspect historique que l'on peut apprécier le raisonnement à l'origine de la création de cette sûreté particulière qui, tel que souligné dans *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, est unique dans la législation bancaire canadienne.

Dans son article intitulé «The Historical Development of Pledge Lending in Canada», Part I, *The Canadian Banker* 74, 2 (Summer 1967): 81-89, Part II, *The Canadian Banker* 74, 3 (Autumn 1967): 35-44, Anstie fait remonter l'ori-

security interest to pre-Confederation banking legislation of the Province of Canada. This legislation, enacted against a backdrop of severe economic depression, aimed at fostering commerce by doing away with prohibitions in the charters of banks which had effectively prevented them from making loans on the security of real or personal property. As put by Anstie, at p. 82:

The original authority for pledge lending goes back more than one hundred years and while the early legislation was not passed as banking legislation per se it was directed at and supported by the banks. Its principal aim was to encourage banks and other lenders to facilitate commercial transactions, a need felt by the business community. Parliamentary records show too that the same motive, public need, was behind subsequent developments of this feature of the banking system.

Anstie, at p. 83, quotes from a parliamentary report of the day dealing with a bill entitled "An Act Granting Additional Facilities in Commercial Transactions":

March 1, 1859

"Hon. Mr. Rose introduced a bill to grant additional facilities to commercial transactions. He said the object of the bill was to enable parties holding bills of lading to render these bills available as collateral security, in order to enable the holder to obtain advances of money. As the law now stands, a person having a cargo of flour, and holding bills of lading of such cargo, and wishing to obtain a discount to facilitate his progress, is obliged to place these bills in the hands of a consignee, because it is doubtful whether the banks can hold bills of lading as collateral security. He wished, therefore, by his bill to make such securities available for the means of obtaining advances *without the aid of a third party*".

Incorporated in the Consolidated Statutes of Canada under the title *An Act Respecting Incorporated Banks*, C.S.C. 1859, c. 54, this Act introduced a security interest that is immediately recognizable as the predecessor of its modern day counterpart in the *Bank Act*. By the terms of the 1859 statute, the holder of a bill of lading could endorse it to the bank as collateral security for the due payment of any bill of exchange or note discounted by the bank. The endorsement vested in

gine de la sûreté de l'art. 178 à la législation bancaire en vigueur dans la province du Canada avant la Confédération. Ces dispositions législatives, adoptées dans le contexte d'une grave récession économique, visaient à favoriser le commerce en supprimant les interdictions contenues dans les chartes des banques qui les avaient effectivement empêchées d'accorder des prêts moyennant sûreté mobilière ou immobilière. Comme l'explique Anstie, à la p. 82:

[TRADUCTION] L'autorisation initiale du prêt sur gage remonte à plus de cent ans et bien que la première loi n'ait pas été adoptée comme une loi portant précisément sur les banques, elle les visait et celles-ci l'appuyaient. Son principal objectif était d'encourager les banques et les autres prêteurs à faciliter les opérations commerciales, un besoin ressenti par le milieu des affaires. Les archives du Parlement indiquent également que le même motif, le besoin du public, a été à l'origine de l'évolution ultérieure de cet aspect du système bancaire.

Anstie, à la p. 83, cite un extrait d'un rapport parlementaire de l'époque portant sur un projet de loi intitulé «An Act Granting Additional Facilities in Commercial Transactions»:

[TRADUCTION] Le 1^{er} mars 1859

«Monsieur Rose a déposé un projet de loi pour faciliter les opérations commerciales. Il a affirmé que l'objet du projet de loi était de permettre aux parties détenant des connaissements d'offrir ceux-ci comme sûreté accessoire pour permettre au détenteur d'obtenir des avances de fonds. Dans sa forme actuelle, la loi prévoit qu'une personne qui a un chargement de farine et qui détient les connaissements de ce chargement et souhaite obtenir un escompte pour faciliter ses opérations, est tenue de remettre ces connaissements à un consignataire parce qu'il n'est pas certain que les banques puissent détenir des connaissements à titre de sûreté accessoire. Par son projet de loi, il a donc voulu que ces sûretés servent à obtenir des avances de fonds *sans l'aide d'un tiers*».

Incorporée dans les Statuts Refondus du Canada sous le titre d'*Acte concernant les banques incorporées*, S.R.C. 1859, ch. 54, cette loi a établi une sûreté qu'on peut tout de suite identifier comme l'ancêtre de sa contrepartie actuelle dans la *Loi sur les banques*. Selon les termes de la Loi de 1859, le détenteur d'un connaissement pouvait l'endosser et le céder à la banque à titre de sûreté accessoire pour garantir le paiement d'une lettre de change ou d'un billet escompté par la banque.

the bank, from that date, all right and title of the endorser to the goods, subject to the endorser's right to redeem his bill.

The 1859 Act was the object of an important amendment in 1861. Any person engaged in the calling of a warehouseman, miller, wharfinger, master of vessel or carrier and authorized to issue receipts in that capacity, was empowered to give a bill of lading under the statute in respect of goods that he owned. In other words the amendment did away with the requirement that bills of lading could only be given by a person acting as bailee. As put by Anstie, at p. 84:

The effect of this amendment was to establish for the first time, the principle that the owner of the goods might practically give the bank a mortgage upon his goods in the form of a warehouse receipt or bill of lading. [Emphasis in original.]

The *Bank Act* of 1890 brought with it a significant broadening of the list of eligible borrowers and of acceptable collateral. In effect, the Act was recast in the form it bears to the present day. The nature of this transformation is thus summarized in the 4th edition of Falconbridge's *Banking and Bills of Exchange* (1929), at p. 222:

Instead of the former provision by which in effect certain specified classes of persons of a custodian character might give security upon their own goods in their own possession, it was enacted that any wholesale manufacturer of goods, and any whole purchaser or shipper of products of agriculture, the forest and mine, or the sea, lakes and rivers, or live stock or dead stock, might give security upon such goods, products or stock.

The rationale underlying these changes may be found in the remarks of Sir Edmund Walker who in the *Bank Act Revision Proceedings* (1933), at p. 236, made the following comment noted by Moull, *op. cit.*, at p. 243, n. 3:

[T]he late Mr. Lash and myself framed [section 178] in the early days in this country ... in order that the

L'endossement conférait à la banque, à compter de cette date, tous les droit et titre de l'endosseur sur les biens sous réserve du droit de ce dernier de racheter son connaissance.

^a La Loi de 1859 a fait l'objet d'une modification importante en 1861. Toute personne qui était garde-magasin, meunier, propriétaire de quai, patron de navire ou voiturier et qui était autorisée à donner des reçus en cette qualité avait le pouvoir de donner un connaissance en vertu de la Loi à l'égard des biens dont elle était propriétaire. En d'autres termes, la modification supprimait la condition selon laquelle les connaissances ne pouvaient être donnés que par une personne agissant comme dépositaire. Comme l'explique Anstie, à la p. 84:

^b [TRADUCTION] Cette modification a eu pour effet d'établir pour la première fois le principe qu'un propriétaire de biens peut pratiquement accorder à la banque une hypothèque sur ses biens sous la forme d'un récépissé d'entrepôt ou d'un connaissance. [En italique dans l'original.]

^c L'Acte des banques de 1890 est venu allonger considérablement la liste des emprunteurs admissibles et des garanties acceptables. En effet, la Loi a été remaniée et a pris la forme qu'elle a actuellement. La nature de cette métamorphose est ainsi résumée dans la 4^e édition de l'ouvrage de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (1929), à la p. 222:

^d [TRADUCTION] Au lieu de l'ancienne disposition qui prévoyait que seules certaines catégories de personnes ayant le caractère de gardien pourraient accorder une sûreté sur les biens dont ils avaient la possession, on a adopté une disposition prévoyant que tout fabricant en gros d'effets et tout acheteur ou expéditeur en gros de produits agricoles, forestiers et miniers, de produits de la mer, des lacs et rivières, ou d'animaux vivants ou morts, pourraient accorder une garantie sur ces effets, produits ou animaux.

^e On peut trouver le raisonnement à l'origine de ces changements dans les commentaires de sir Edmund Walker, dans les *Bank Act Revision Proceedings* (1933), à la p. 236, où il fait notamment l'observation suivante que souligne Moull, *op. cit.*, à la p. 243, n. 3:

^f [TRADUCTION] [L]e regretté M. Lash et moi-même avons rédigé [l'article 178] dans les premiers temps de

manufacturer [etc.] ... could borrow from the bank without endorsers or anything of that kind, by pledging the material to the bank.

The remarks of Anstie, *op. cit.*, at p. 81, round out the above comments. He points out that these changes, tailored to allow producers of primary products and manufacturers of finished goods to borrow on the strength of their seasonal inventories, were predicated on the recognition that problems of cash flow could cripple the ability of these sectors to "carry or cure their product until absorbed by the market". The legislation, therefore, was aimed at enabling producers to borrow, at reasonable rates of interest, more money than would otherwise have been possible. The following excerpt from Anstie, *op. cit.*, at p. 88, which bears on the efforts of farming interests to be covered by the provisions of the 1890 *Bank Act*, speaks volumes about the deficiencies in the money market of the day addressed by the legislation:

The exclusion of farmers was upheld despite active representations by some of the champions of the farming interests, who felt strongly that a farmer should be able to borrow against the security of threshed grain and livestock. It was pointed out in debate that a farmer may be solvent but still find it difficult to borrow \$300/\$400 from a bank at harvest time. This resulted in private local bankers becoming the middlemen between the farmers and the chartered banks. It was stated that these lenders would charge 12, 15 to 24 per cent and at the same time borrow from the chartered banks at 7 per cent.

Almost a century has passed since the predecessor of the present day security interest was first incorporated into the *Bank Act*, and that period has seen a steady expansion in the categories of eligible borrowers. But the governing principle of the security interest, for all subsequent refinements to successive *Bank Acts*, remains to the present day essentially the same as that first defined by the 1859 statute. Today, as in 1859, an owner of goods assigns an interest in those goods as security for a loan or advance so as to permit the bank to sell the goods on default of payment.

l'histoire de ce pays [...] pour permettre aux fabricants [etc.] [...] d'emprunter à la banque sans endosseur ou autres personnes du même genre, en donnant à la banque leurs marchandises en gage.

^a Les observations d'Anstie, *op. cit.*, à la p. 81, résumément les remarques qui précèdent. Il souligne que ces changements, conçus pour permettre aux producteurs de produits de base et aux fabricants de produits finis d'emprunter selon l'importance de leurs inventaires saisonniers, étaient fondés sur la reconnaissance que les problèmes d'encaisse pouvaient anéantir la capacité de ces secteurs de [TRA-
^b DUCTION] «supporter le coût ou la conservation de leurs produits jusqu'à leur écoulement sur le marché». La mesure législative visait donc à permettre aux producteurs d'emprunter à des taux d'intérêt raisonnables plus d'argent que ce qui aurait été normalement possible. L'extrait suivant de la p. 88 de l'article d'Anstie, *op. cit.*, qui porte
^d sur les efforts des agriculteurs pour être visés par les dispositions de l'*Acte des banques* de 1890, expose abondamment les déficiences du marché financier de l'époque visées par la loi:

^e [TRADUCTION] On a continué à exclure les agriculteurs malgré les démarches actives entreprises par certains défenseurs de leurs intérêts qui jugeaient important que les agriculteurs puissent emprunter moyennant garantie portant sur les céréales et le bétail. On a souligné au cours des discussions qu'un agriculteur solvable pouvait encore avoir de la difficulté à emprunter 300 \$ ou 400 \$ à une banque à l'époque de la récolte. Les banques privées locales en sont donc venues à servir d'intermédiaire entre les agriculteurs et les banques à charte. On a affirmé que ces prêteurs demandaient des intérêts de 12 et 15 à 24 pour 100 alors qu'ils pouvaient emprunter des banques à charte à un taux de 7 pour 100.

^h Près d'un siècle s'est écoulé depuis l'établissement pour la première fois dans la *Loi des banques* de l'ancêtre de la sûreté actuelle et on a assisté depuis à une augmentation constante des catégories d'emprunteurs admissibles. Mais le principe à la base de la sûreté, dans tous les perfectionnements apportés par la suite aux lois sur les banques qui se sont succédées, demeure aujourd'hui essentiellement le même que celui défini initialement dans la Loi de 1859. Aujourd'hui, comme en 1859, le propriétaire de marchandises cède en garantie d'un prêt ou d'une avance de fonds un droit sur ces marchandises qui permet à la banque de les vendre en cas de défaut de paiement.

In *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, (8th ed. 1986), vol. 1, at pp. 403-7, the point is made that the need to introduce a uniform security interest, applicable nationwide, did not rest solely on the desire to abolish the restrictions that prevented banks from lending on the security of real and personal property. The introduction of a national security interest was also perceived as a means of obviating barriers to the lending of money attributable to the complexity and diversity of lending regimes in the nascent Canadian economy. In *Crawford and Falconbridge*, op. cit., it is stated, at p. 407:

The confused and complicated state of personal property security law at the time the provisions were introduced, and even when they were substantially revised in 1890 and 1923, was such that one obvious object must have been to encourage bank lending by making security more readily available. The complexity of the documentation required under provincial chattel security statutes, and the multiplicity of registrations and renewals required under their county registration schemes were considerable obstacles, where goods might be moved out of the county, or where the debtor carried on business in more than one county. The advantages of a single security document in the form of the schedule and a single place of registration, even for debtors having national operations, were inestimable advantages of the new regime evolved under the *Bank Act*.

Moodie in an article entitled "Accounts Receivable, Section 88 Of The Bank Act, And Inventory Financing — A Banker's View", in *Security in Moveable Property*, Meredith Memorial Lectures, 1967 Series, notes, at p. 50, that the new lending regime had the advantage of enabling a borrower to "give security more easily, more quickly and far more cheaply than by any other means".

It is generally agreed that this provision of Canadian banking legislation has, in large part, met its objective of providing natural resource and manufacturing industries nationwide with a readily available stimulus of capital that would otherwise not have been available, or available only at a much higher cost. Masten J.A. in *Bank of Mont-*

Dans l'ouvrage intitulé *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, aux pp. 403 à 407, on affirme que la nécessité d'établir une sûreté uniforme, applicable dans l'ensemble du pays, ne découlait pas seulement du désir de supprimer les restrictions qui empêchaient les banques de prêter moyennant une sûreté mobilière ou immobilière. L'établissement d'une sûreté nationale était également considéré comme un moyen d'écartier les obstacles au prêt d'argent attribuables à la complexité et à la diversité des régimes de prêt dans l'économie canadienne naissante. Dans *Crawford and Falconbridge*, op. cit., on affirme, à la p. 407:

[TRADUCTION] L'état confus et complexe du droit des sûretés mobilières à l'époque de l'adoption des dispositions, et même lorsqu'elles ont été sensiblement modifiées en 1890 et en 1923, était tel que l'un des objectifs évidents devait être d'encourager les banques à prêter en rendant les sûretés plus facilement accessibles. La complexité de la documentation exigée en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières et la multiplicité des enregistrements et des renouvellements requis en vertu des régimes d'enregistrement de leur comté constituaient des obstacles considérables lorsque les marchandises pourraient être expédiées à l'extérieur du comté ou lorsque le débiteur exerçait ses activités dans plus d'un comté. Les avantages d'un seul document constatant la sûreté suivant la formule en annexe ou d'un seul lieu d'enregistrement, même pour les débiteurs exerçant leurs activités à l'échelle nationale, constituaient des avantages inestimables du nouveau régime créé en vertu de la *Loi des banques*.

Moodie, dans un article intitulé «Accounts Receivable, Section 88 Of The Bank Act, And Inventory Financing — A Banker's View», dans *Security in Moveable Property*, Meredith Memorial Lectures, 1967 Series, souligne, à la p. 50, que le nouveau régime de prêt a l'avantage de permettre à un emprunteur [TRADUCTION] «d'accorder une sûreté plus facilement, plus rapidement et de façon beaucoup moins onéreuse que par tout autre moyen».

On reconnaît généralement que cette disposition de la législation bancaire canadienne a, en grande partie, atteint son objectif de procurer aux industries d'exploitation des ressources naturelles et de transformation, dans tout le pays, une source de capital facilement accessible qui ne le serait pas autrement ou le serait à un coût beaucoup plus

real v. Guaranty Silk Dyeing & Finishing Co. (1935), 4 D.L.R. 483 (Ont. C.A.), at pp. 489-90, commented:

It is to be borne in mind that the Parliament of Canada has enacted these sections not so much for the benefit of banks as for the benefit of manufacturers; but principally to provide a convenient and suitable means for the provision and application of capital to industry with the object that thus manufacturing and commercial enterprise in Canada may be encouraged. It is also to be noted that, originally enacted in 1890, they have with amendments from time to time been re-enacted during more than 40 years.

Masten J.A.'s view of the *Bank Act* security as intended to be for the benefit of the borrower is reflected in academic literature as well. Professor Moull, *op. cit.*, at p. 243, cites Galbraith in that author's treatise *Canadian Banking*, published in 1970, to the effect that s. 178 often provides "the most effective, inexpensive, and convenient way of obtaining security for the eligible classes of borrowers", and goes on himself to add, at p. 244:

This concern for the borrower is perhaps why section 178 was broadened during the last decennial revisions to the Bank Act, at a time when other changes seemed to reflect a trend towards curtailing bank powers and privileges.

In a word, the creation of the *Bank Act* security interest has been a key factor in the evolution of banking in this country. As noted by Professor Moull, *op. cit.*, at p. 243, the availability of the s. 178 security interest has been a prime factor in the evolution of the chartered banks into predominant national lending institutions. To quote again from Anstie's article, *op. cit.*, at pp. 81-82:

Despite the controversy which has existed from time to time, each revision of the Bank Act invariably has resulted in further broadening of the scope of the legislation. The record is one of continuous expansion to meet the developing needs of the community . . . These sections of the Bank Act have become an integral part of bank lending activities and are a means of providing support in many fields of endeavour to an extent which

élevé. Dans l'arrêt *Bank of Montreal v. Guaranty Silk Dyeing & Finishing Co.* (1935), 4 D.L.R. 483 (C.A. Ont.), aux pp. 489 et 490, le juge Masten de la Cour d'appel fait la remarque suivante:

^a [TRADUCTION] Il faut se rappeler que ce n'est pas tellement en faveur des banques qu'en faveur des fabricants que le Parlement du Canada a adopté ces articles; mais c'est principalement pour offrir aux industries un moyen commode et convenable d'obtenir des capitaux en vue d'encourager les entreprises industrielles et commerciales au Canada. Il convient également de souligner que ces dispositions, adoptées à l'origine en 1890, ont été modifiées et adoptées à nouveau pendant plus de 40 ans.

^c L'opinion du juge Masten qui voit dans la sûreté de la *Loi sur les banques* un avantage pour l'emprunteur ressort également de la doctrine. Le professeur Moull, *op. cit.*, à la p. 243, cite un extrait du traité de Galbraith, *Canadian Banking*, publié en 1970, où il est dit que l'art. 178 fournit souvent [TRADUCTION] «le moyen le plus efficace, le moins onéreux et le plus commode d'obtenir une sûreté pour les catégories admissibles d'emprunteurs», et ajoute lui-même, à la p. 244:

[TRADUCTION] Cette préoccupation à l'égard de l'emprunteur explique probablement pourquoi la portée de l'article 178 a été élargie par les refontes de la Loi sur les banques effectuées au cours des dernières décennies, à une époque où d'autres changements semblaient refléter une tendance à restreindre les droits et privilèges des banques.

^g En un mot, l'établissement de la sûreté de la *Loi sur les banques* a joué un rôle-clé dans l'évolution des opérations bancaires au pays. Comme le souligne le professeur Moull, *op. cit.*, à la p. 243, la possibilité de recourir à la sûreté de l'art. 178 a constitué un facteur de première importance dans la transformation des banques à charte en de grandes institutions nationales de crédit. Pour citer encore une fois l'article d'Anstie, *op. cit.*, aux pp. 81 et 82:

ⁱ [TRADUCTION] Malgré les controverses qui ont pu exister parfois, chaque refonte de la Loi sur les banques a invariablement eu pour effet d'élargir le champ d'application de la loi. On y voit une progression continue destinée à répondre aux besoins changeants de la société [. . .] Ces articles de la Loi sur les banques font maintenant partie intégrante des activités de crédit des banques et offrent un support dans différents domaines

otherwise would not be practical from the standpoint of prudent banking. This applies particularly to what may be termed smaller business enterprises with limited financial resources, and is borne out by the very much more liberal lending practices of Canadian banks to small businessmen and producers.

The Cases

The above considerations establish, to my satisfaction, that the s. 178 security interest, which originated as a policy response to structural deficiencies in the lending regimes of the nascent Canadian economy, has, since its inception, played a primordial role in facilitating access to capital by several groups that play a key role in the national economy. One's instinctive reaction is that the federal banking power should extend to allowing Parliament to provide, on a nationwide basis, for just such an innovative form of financing. An examination of the judicial response to the creation of the s. 178 security confirms this view. The courts have consistently taken the position that the creation of the s. 178 security interest, and the definition of the rights and obligations of the bank and its borrowers pursuant to that interest, fall squarely within the limits of the federal banking power and is, accordingly, constitutionally valid. I turn to the decisions of this Court that bear on the matter.

The historical considerations I have touched on earlier have clearly left their mark on the following excerpts from the reasons of Mignault J. in *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] S.C.R. 605. In *Landry*, this Court addressed the question whether the appellant could acquire ownership of a quantity of pulpwood "purchased" after the owner of the same had pledged it to the bank as security for a s. 88 loan, the predecessor to ss. 178 and 179. Mignault J., at p. 613, commented on the purpose behind the section:

As I read section 88, a bank, for its advances, may acquire a lien on the products of the forest (as defined)

d'entreprise dans une mesure qui autrement ne serait pas possible du point de vue d'un banquier prudent. Cela s'applique particulièrement à ce qu'on peut appeler des petites entreprises qui ont des ressources financières limitées, et se trouve confirmé par les pratiques de crédit beaucoup plus libérales des banques canadiennes envers les petits entrepreneurs et producteurs.

La jurisprudence

Les considérations qui précèdent me convainquent que la sûreté de l'art. 178, qui tire son origine d'une réponse du législateur aux déficiences structurelles des régimes de crédit dans l'économie canadienne naissante, a, depuis son avènement, joué un rôle primordial en permettant à plusieurs groupes qui jouent un rôle-clé dans l'économie nationale d'obtenir plus facilement des capitaux. La première réaction est que la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires devrait permettre au Parlement d'offrir à l'échelle nationale cette forme innovatrice de financement. Un examen de la jurisprudence à l'égard de la création de la sûreté de l'art. 178 confirme cette opinion. Les tribunaux ont toujours considéré que la création de la sûreté de l'art. 178 et la définition des droits et obligations de la banque et de ses emprunteurs en vertu de cette sûreté relèvent incontestablement de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires et que cette création est, par conséquent, valide du point de vue constitutionnel. J'examine maintenant les arrêts de notre Cour en la matière.

Les considérations historiques que j'ai mentionnées précédemment ont certainement influencé le juge Mignault dans les extraits suivants des motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] R.C.S. 605. Dans l'arrêt *Landry*, notre Cour a abordé la question de savoir si l'appelante pouvait devenir propriétaire d'une certaine quantité de bois de papeterie «acquis» après que le propriétaire de ce bois l'eut donné en gage à la banque pour garantir un prêt visé par l'art. 88, la disposition qui a précédé les art. 178 et 179. Le juge Mignault, à la p. 613, fait les remarques suivantes concernant l'objet sous-jacent de l'article:

[TRADUCTION] Selon mon interprétation de l'art. 88, une banque, en contrepartie de ses avances de fonds,

or on goods, wares and merchandise (also as defined) to be manufactured, or in process of manufacture, although the finished product will come into existence only after the process of manufacture is completed.

The present case affords an apt illustration of the object Parliament undoubtedly had in view when it enacted section 88, this object being to come to the assistance both of the manufacturer of goods, and of the bank which lends him money for the purposes of his business. Thus the owner of a timber license proposes to go into the forest, to cut down the trees and transform them into what is commercially known as pulpwood. Before the pulpwood is produced in its commercial form, considerable expense is necessary to cut the trees, peel off the bark and saw them into the required lengths. The manufacturer of pulpwood therefore requires financial assistance from the outset, and unless he can give the bank that assists him a lien on the finished product, although not then in existence, his business cannot be carried on. [Emphasis added.]

Noting that by s. 88(7) of the *Bank Act* the security conferred on the bank the same rights and powers in respect of the products as if it had acquired them by virtue of a warehouse receipt, Mignault J. concluded, at p. 615:

There is no doubt, however, that we must look solely to the *Bank Act* to determine the effect of a lien acquired by a bank by virtue of section 88.

In *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560, this Court again had occasion to deal with the provision. The issue there was far removed from that of the instant case, namely the question whether property assigned to a bank under a s. 88 security was meant to be exempt from provincial taxes exacted pursuant to s. 92(2) of the *British North America Act*, now the *Constitution Act, 1867*. It is important to note, however, that in rejecting that proposition this Court, in express terms, affirmed that the creation of a s. 88 security was *intra vires* the jurisdiction of Parliament. Crocket J. held at p. 563:

While we have no doubt that the provisions of s. 88 the *Bank Act* are provisions which strictly relate to

peut obtenir un privilège sur les produits forestiers (au sens de la définition) ou sur les effets, denrées et marchandises (également au sens de la définition) qui doivent être fabriqués ou qui sont en cours de fabrication, bien que le produit fini n'existe qu'une fois le processus de fabrication terminé.

Le présent pourvoi illustre bien l'objet que le Parlement avait sans doute en tête lorsqu'il a adopté l'art. 88, cet objet étant de venir en aide au fabricant de marchandises et à la banque qui lui prête des sommes pour les fins de son entreprise. Ainsi, le propriétaire d'un permis de coupe a l'intention de se rendre dans la forêt, d'en couper les arbres et de les transformer en ce qui est connu commercialement comme du bois de papeterie. Avant que ce bois de papeterie soit produit sous sa forme commerciale, des dépenses considérables sont nécessaires pour couper les arbres, les écorcer et les scier de la bonne longueur. Le producteur de bois de papeterie a donc besoin d'aide financière dès le début et, à moins de pouvoir offrir à la banque qui l'aide un privilège sur le produit fini, bien qu'il n'existe pas encore, il ne peut poursuivre son entreprise. [Je souligne.]

Soulignant qu'en vertu du par. 88(7) de la *Loi sur les banques* la sûreté confère à la banque les mêmes droits à l'égard des produits que si elle les avait acquis en vertu d'un récépissé d'entrepôt, le juge Mignault conclut, à la p. 615:

[TRADUCTION] Il ne fait cependant pas de doute que nous devons examiner seulement la *Loi sur les banques* pour déterminer l'effet d'un privilège acquis par la banque en vertu de l'art. 88.

Dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560, notre Cour a encore eu l'occasion d'examiner la disposition. Dans ce pourvoi très différent de la présente espèce, la question était de savoir si les biens cédés à une banque en vertu d'une sûreté visée à l'art. 88 devaient être exemptés de la taxation provinciale imposée en vertu du par. 92(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est cependant important de souligner qu'en rejetant cette proposition, la Cour a affirmé expressément que l'établissement d'une sûreté visée à l'art. 88 était conforme à la compétence du Parlement. Le juge Crocket conclut, à la p. 563:

[TRADUCTION] Bien que nous ne doutions pas que les dispositions de l'art. 88 de la *Loi sur les banques* sont

banking, and are therefore within the competency of the Dominion Parliament under s. 91 (15) B.N.A. Act, we are of opinion that in enacting them Parliament did not intend to remove any property, which might be assigned to a bank by way of security thereunder, from the operation of any statute enacted by the legislature of the province, in which the property is situated, in the legitimate exercise of its power in relation to direct taxation for provincial purposes under s. 92 (2) B.N.A. Act.

In *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, as in *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, this Court again took pains to underline that the s. 88 security interest, in and of itself, conferred on the bank the same rights and powers in respect of the goods pledged as if it had acquired them by virtue of a warehouse receipt. At page 567, Davis J. had this to say:

Section 88 set up by the *Bank Act* enables manufacturers, who desire to obtain large loans from their bankers in order to carry on their industrial activities, to give to the bank a special and convenient form of security for the bank's protection in the large banking transactions necessary in the carrying on of industry throughout the country. Until the moneys are repaid, the bank is the legal owner of the goods but sale before default is prohibited and provision is made for the manufacturer regaining title upon repayment. To say that Parliament did not use language to expressly provide that the bank shall have a first lien on the goods is beside the mark. The bank acquires ownership in the goods by the statute.

In *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631, this Court reiterated the point. The dispute in *Flintoft v. Royal Bank of Canada* centred on the claims of a trustee in bankruptcy to the unregistered book debts of a borrower who had sold goods covered by a security under s. 88 of the *Bank Act*. The Court gave short shrift to the submission that a lack of timely registration of the book debts on the part of the bank would entitle the trustee to collect them for administration under the *Bankruptcy Act*. Judson J., noting that ss. 88(2) and 86(2) of the *Bank Act* defined the

des dispositions qui portent strictement sur les opérations bancaires et relèvent donc de la compétence du Parlement du Dominion en vertu du par. 91 (15) de l'A.A.N.B., nous sommes d'avis qu'en les adoptant le Parlement n'a pas voulu soustraire les biens qui pourraient être cédés à une banque en vertu d'une sûreté à l'application d'une loi adoptée par la législature de la province où se trouvent les biens, dans l'exercice légitime de sa compétence en matière de taxation directe pour des objets provinciaux en vertu du par. 92 (2) de l'A.A.N.B.

Dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, comme dans l'arrêt *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, la Cour a encore pris la peine de souligner que la sûreté visée à l'art. 88 confère en soi à la banque les mêmes droits à l'égard des marchandises données en gage que si elle les avait acquises en vertu d'un récépissé d'entrepôt. À la page 567, le juge Davis dit ceci:

[TRADUCTION] L'article 88 de la *Loi sur les banques* permet aux fabricants qui désirent obtenir des prêts importants de leurs banques en vue d'exercer leurs activités industrielles de donner à la banque une forme de sûreté particulière et commode pour protéger celle-ci à l'égard des nombreuses opérations bancaires nécessaires pour exercer leurs activités à l'échelle nationale. Jusqu'à ce que les sommes soient remboursées, la banque est propriétaire en droit des marchandises, mais ne peut les vendre que s'il y a défaut de paiement et une disposition permet au fabricant de reprendre son titre après remboursement. Affirmer que le Parlement n'a pas utilisé des termes exprès pour prévoir que la banque détient un privilège de premier rang sur les marchandises n'a rien à voir avec la question. La banque acquiert le titre de propriété dans les marchandises en vertu de la Loi.

Dans l'arrêt *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631, notre Cour a répété la même chose. Dans l'arrêt *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, le litige portait sur les droits d'un syndic à l'égard des dettes comptables non enregistrées d'un emprunteur qui avait vendu les effets visés par une sûreté accordée en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les banques*. La Cour n'a pas tardé à rejeter l'argument portant que l'omission de la banque d'enregistrer dans le délai prescrit les dettes comptables permettrait au syndic de les percevoir aux fins de l'application de la *Loi sur la faillite*. Souli-

property rights of the bank in the pledged goods so as to give a bank the same rights and powers as if it had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which the property was described, went on to comment, at p. 634:

Section 88 is a unique form of security. I know of no other jurisdiction where it exists. It permits certain classes of persons not of a custodian character, in this case a manufacturer, to give security on their own goods with the consequences above defined. Notwithstanding this, with the consent of the bank, the one who gives the security sells in the ordinary course of business and gives a good title to purchasers from him. But this does not mean that he owns the book debts when he has sold the goods. To me the fallacy in the dissenting reasons is the assumption that there is ownership of the book debts in the bank's customer once the goods have been sold and that the bank can only recover these book debts if it is the assignee of them.

An apt summary of the conclusions that flow from the above authorities is to be found in the remarks of Muldoon J. in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.* (1984), 52 C.B.R. 145 (F.C.T.D.) Muldoon J., citing the decision of this Court in *Flintoft v. Royal Bank of Canada* as a conclusive starting point for a determination of the "effect and force of the s. 178 security", stated at p. 159 of his judgment:

In the interpretation of the Bank Act security enunciated by the Supreme Court of Canada and latterly by Grant D.J., one can appreciate the great commercial utility and overriding importance which is inherent in Parliament's creation of that security. The bank obtains and may assert its right to the goods and their proceeds against the world, except as only Parliament itself may reduce or modify those rights. [Emphasis added.]

The case law thus fully supports the conclusion that Parliament, in the exercise of its power over banking, can both create the ss. 178 and 179 security interest *qua* interest, and define the rights and obligations of the bank and its borrowers pursuant to that interest. The reiteration in these cases of the point that the rights, duties and

gnant que les par. 88(2) et 86(2) de la *Loi sur les banques* définissent les droits de propriété de la banque dans les biens cédés de façon à lui conférer les mêmes droits que si elle avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens, le juge Judson poursuit en ces termes, à la p. 634:

[TRADUCTION] L'article 88 constitue une forme unique de sûreté. Je ne connais aucun autre ressort où cette forme existe. L'article permet à certaines catégories de personne qui n'ont nullement le caractère de gardiens, en l'espèce un manufacturier, de grever leurs propres effets d'une sûreté avec les conséquences définies ci-dessus. En dépit de cela, avec le consentement de la banque, celui qui donne la sûreté peut vendre les biens dans le cours ordinaire de ses affaires et donner bon et valable titre à ses acheteurs. Mais cela ne veut pas dire que les dettes comptables lui appartiennent une fois les effets vendus. Pour moi l'erreur de l'opinion dissidente réside dans la présomption qu'une fois les effets vendus les dettes comptables appartiennent au client de la banque et que celle-ci ne peut ainsi recouvrer ces dettes comptables que si elles lui ont été cédées.

Un résumé approprié des conclusions qui découlent des décisions précédentes se trouve dans les remarques du juge Muldoon dans la décision *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. R.* (1984), 52 C.B.R. 145 (C.F.D.P.I.) Citant l'arrêt de notre Cour *Flintoft v. Royal Bank of Canada* comme point de départ concluant pour déterminer «l'effet et la force de la sûreté de l'article 178», le juge Muldoon affirme, à la p. 159 de ses motifs:

Dans l'interprétation de la sûreté de la *Loi sur les banques* donnée par la Cour suprême du Canada, et plus tard par le juge suppléant Grant, on retiendra la grande utilité commerciale et l'importance primordiale, inhérentes à la sûreté que voulait ainsi créer le législateur. La banque acquiert et peut exercer sur les marchandises et le produit de leur réalisation un droit qui est opposable à tous, si ce n'est au législateur lui-même qui, seul, conserve le pouvoir de le restreindre ou de le modifier. [Je souligne.]

La jurisprudence appuie donc entièrement la conclusion que le Parlement, dans l'exercice de sa compétence sur les opérations bancaires, peut créer la sûreté visée aux art. 178 et 179 en tant que sûreté et définir les droits et obligations de la banque et des emprunteurs en vertu de cette sûreté. Le fait que la jurisprudence répète que les

obligations of creditor and debtor are to be determined solely by reference to the *Bank Act* cannot be reconciled with the respondent's proposition that there has yet to be a pronouncement on the constitutional validity of the enforcement provisions of the *Bank Act* security interest. In truth, however, what I think the respondent really sought was a re-evaluation of the issues, and I shall now turn specifically to the arguments advanced by him.

As I noted earlier, the basis of the respondent's challenge to the constitutionality of ss. 178 and 179 is founded on the proposition that the federal banking power cannot extend to allowing Parliament to define the procedures for realization and enforcement of a federal security interest. The submission that such legislation trenches on the provinces' jurisdiction in property and civil rights invites closer scrutiny of the decision of the Privy Council in *Tennant v. Union Bank of Canada*, upon which I touched briefly earlier.

The issue in *Tennant v. Union Bank of Canada* turned on a conflict between provisions of the *Bank Act* and provincial legislation, the Ontario *Mercantile Amendment Act*, R.S.O. 1887, c. 122. In provisions that will be immediately familiar from the above discussion, the federal legislation essentially authorized a bank to acquire, and hold as security for loans, warehouse receipts which persons engaged in certain defined occupations might give in respect of their own goods. By the terms of the Act, any such receipt vested in the bank the right and title of the owner of the goods. The Ontario Act, which also dealt with warehouse receipts, incorporated a limitation not found in the federal Act. It provided that a warehouse receipt would only be effective to give right and title if the issuer was actually engaged in the business of a warehouseman. The Privy Council was called on to decide whether the federal legislation was *ultra vires* inasmuch as it allowed for right and title to be conveyed in circumstances not recognized by provincial law.

droits et obligations des créanciers et des débiteurs ne peuvent être déterminés que par rapport à la *Loi sur les banques* ne peut être concilié avec l'affirmation de l'intimé qu'il n'existe pas encore de décisions sur la constitutionnalité des dispositions relatives à l'exécution de la sûreté visée à la *Loi sur les banques*. En vérité, je pense toutefois que ce que l'intimé cherchait vraiment à obtenir, c'était un réexamen des questions et je vais maintenant examiner précisément les arguments qu'il a avancés.

Comme je l'ai déjà souligné, pour contester la constitutionnalité des art. 178 et 179, l'intimé s'appuie sur la proposition que la compétence fédérale sur les opérations bancaires ne peut permettre au Parlement de définir les procédures relatives à la réalisation et l'exécution d'une sûreté fédérale. L'argument selon lequel de telles mesures législatives empiètent sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils exige un examen plus poussé de l'arrêt du Conseil privé *Tennant v. Union Bank of Canada* que j'ai déjà mentionné brièvement.

Dans l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, le litige portait sur le conflit entre les dispositions de l'*Acte des banques* et la loi provinciale, la *Mercantile Amendment Act* de l'Ontario, R.S.O. 1887, ch. 122. Dans des dispositions qui se rapportent directement à l'analyse précédente, la loi fédérale permettait essentiellement à une banque d'acquiescer, et de détenir à titre de sûreté pour des prêts, des récépissés d'entrepôt que des personnes exerçant certaines activités définies pourraient donner relativement à leurs propres biens. Selon le texte de la Loi, ces récépissés conféraient à la banque les droit et titre qu'avait le propriétaire des biens. La loi ontarienne qui portait également sur les récépissés d'entrepôt comportait une restriction qu'on ne trouvait pas dans la loi fédérale. Elle prévoyait qu'un récépissé d'entrepôt ne conférerait ces droit et titre que si son émetteur exerçait réellement les fonctions de garde-magasin. Le Conseil privé devait donc décider si la loi fédérale était inconstitutionnelle dans la mesure où elle permettait que les droit et titre soient cédés dans des circonstances non reconnues par la loi provinciale.

The Privy Council rejected this proposition, Lord Watson, at p. 47, holding that the federal banking power extended to allowing Parliament to confer upon a bank privileges which had “the effect of modifying civil rights in the province”. In rejecting the notion that the federal banking power could not be exercised so as to have the effect of modifying civil rights in the provinces, the Privy Council, we saw, followed the lead given by this Court in *Merchants’ Bank of Canada v. Smith*, *supra*. The principles that emerged in *Merchants’ Bank of Canada v. Smith* and *Tennant v. Union Bank of Canada* have never been placed in doubt, and, indeed, have been consistently repeated. I would point to the decisions of the Privy Council in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33, and *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, as well as the decision of this Court in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

This unbroken line of authority is, of course, predicated on the basic premise that no practical effect could be given to the division of powers in the *Constitution Act, 1867* if Parliament were “absolutely debarred from trenching to any extent upon the matters assigned to the provincial legislature by sect. 92”, to borrow the phrasing of Lord Watson in *Tennant v. Union Bank of Canada*, *supra*, at p. 45. Thus it is clear that there can be no hermetic division between banking as a generic activity and the domain covered by property and civil rights. A spillover effect in the operation of banking legislation on the general law of the provinces is inevitable. Viscount Simon makes this very point in his judgment in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, *supra*, at p. 517. The fact that a given aspect of federal banking legislation cannot operate without having an impact on property and civil rights in the provinces cannot ground a conclusion that that legislation is *ultra vires* as interfering with provincial law where the matter concerned constitutes an

Le Conseil privé a rejeté cette proposition. Lord Watson a conclu, à la p. 47, que la compétence fédérale sur les opérations bancaires permettait au Parlement de conférer à la banque des privilèges qui avaient [TRADUCTION] «pour effet de modifier des droits civils dans la province». En rejetant l’idée que la compétence fédérale sur les opérations bancaires ne pouvait être exercée de façon à modifier des droits civils dans les provinces, le Conseil privé, nous l’avons vu, a suivi la voie tracée par notre Cour dans l’arrêt *Merchants’ Bank of Canada v. Smith*, précité. Les principes découlant des arrêts *Merchants’ Bank of Canada v. Smith* et *Tennant v. Union Bank of Canada* n’ont jamais été mis en doute et, en fait, ont été réitérés sans exception. J’aimerais souligner les arrêts du Conseil privé *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33, et *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, ainsi que l’arrêt de notre Cour *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

Ce courant de jurisprudence ininterrompu est évidemment fondé sur la prémisse qu’aucun effet pratique ne pourrait être donné au partage des compétences effectué dans la *Loi constitutionnelle de 1867* si le Parlement était [TRADUCTION] «absolument empêché d’empiéter dans quelque mesure que ce soit sur les matières assignées à la législature provinciale par l’art. 92», pour reprendre les propos de lord Watson dans l’arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, précité, à la p. 45. Il est donc clair qu’il ne peut y avoir de cloison étanche entre les opérations bancaires comme activité générale et le domaine visé par la propriété et les droits civils. Les retombées de l’application de la loi sur les opérations bancaires sur le droit général des provinces sont inévitables. Le vicomte Simon le souligne justement dans les motifs qu’il a rédigés dans l’affaire *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, précitée, à la p. 517. Le fait qu’un aspect donné de la loi fédérale sur les opérations bancaires ne puisse s’appliquer sans avoir de répercussions sur la propriété et les droits civils dans les provinces ne saurait justifier une conclusion que cette loi est inconstitutionnelle pour le motif qu’elle empiète sur le droit provincial lorsque la matière visée fait intégralement partie

integral element of federal legislative competence; see *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, at pp. 768-69, per Beetz J.

Turning to the particular facts of this case, there is no difficulty in defining the interference or modification of provincial law that flows from the operation of the federal legislation. Sections 178 and 179 of the *Bank Act* provide for a procedure for the realization and enforcement of a security interest that is distinct from, and in conflict with, the applicable provincial legislation. Thus, as was the case in *Tennant v. Union Bank of Canada*, federal law confers a "right and privilege" which is not recognized by provincial law. This raises the question whether this derogation from the general law of the province is *intra vires* Parliament. By application of the principles I have just touched on, the answer must turn on whether the legislative provisions in which Parliament has defined the manner in which a chartered bank may seize and realize on secured property can be considered legislation that Parliament may legitimately enact in the exercise of its banking power or, whether, on the contrary, it must be viewed as legislation which, in pith and substance, has taken on the true identity of valid provincial legislation.

The answer to this question takes one back to the policy reasons behind the creation of the ss. 178 and 179 security interest. As we saw earlier, the creation of this security interest was predicated on the pressing need to provide, on a nationwide basis, for a uniform security mechanism so as to facilitate access to capital by producers of primary resources and manufacturers. Such a security interest, precisely because it freed borrower and lender from the obligation to defer to a variety of provincial lending regimes, facilitated the ability of banks to realize on their collateral. This in turn translated into important benefits for the borrower: lending became less complicated and more affordable.

de la compétence législative fédérale; voir l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, aux pp. 768 et 769, le juge Beetz.

^a En ce qui concerne les faits particuliers de l'espèce, il est facile de déterminer l'empiétement ou la modification du droit provincial qui découle de l'application de la loi fédérale. Les articles 178 et 179 de la *Loi sur les banques* prescrivent une procédure de réalisation et d'exécution d'une sûreté qui est distincte de celle de la loi provinciale applicable et qui entre en conflit avec elle. Ainsi, comme dans l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, la loi fédérale confère un «droit et privilège» que ne reconnaît pas la loi provinciale. Cela soulève la question de savoir si cette dérogation au droit général de la province est conforme à la compétence du Parlement. Par application des principes que je viens tout juste de mentionner, la réponse dépend de la question de savoir si les dispositions législatives dans lesquelles le Parlement a défini la manière dont une banque à charte peut saisir et réaliser des biens visés par une sûreté peuvent être considérées comme des dispositions législatives que le Parlement peut légitimement adopter dans l'exercice de sa compétence en matière d'opérations bancaires ou si, au contraire, elles doivent être considérées comme des dispositions qui, de par leur caractère véritable, tiennent vraiment de mesures législatives provinciales valides.

^g

La réponse à cette question nous renvoie aux raisons de principe à l'origine de l'adoption de la sûreté visée aux art. 178 et 179. Comme nous l'avons déjà souligné, l'adoption de cette sûreté découlait du besoin urgent d'offrir à l'échelle nationale un mécanisme de sûreté uniforme pour faciliter l'accès des producteurs de produits de base et des fabricants aux capitaux. Justement parce que cette sûreté libérait les emprunteurs et les prêteurs de l'obligation de se soumettre à divers régimes de crédit provinciaux, elle permettait aux banques de réaliser plus facilement leur sûreté accessoire. Cela comportait également des avantages importants pour l'emprunteur: l'obtention de crédit moins compliquée et plus accessible.

It follows that the definition of the precise manner in which a bank is permitted to realize on its s. 178 security interest cannot be viewed as a mere appendage or gloss upon the overall scheme of the Act. Rather, the provisions by which the bank, on assignment of the security interest, effectively acquires legal title to the secured property must be viewed as the very linchpin of the security interest that Parliament, in its wisdom, has created. Far from being incidental, these provisions are integral to, and inseparable from, the legislative scheme. To sunder from the *Bank Act* the legislative provisions defining realization, and, as a consequence, to purport to oblige the banks to contend with all the idiosyncracies and variables of the various provincial schemes for realization and enforcement would, in my respectful view, be tantamount to defeating the specific purpose of Parliament in creating the *Bank Act* security interest.

In summary, I conclude that the definition of the exact manner in which a bank may realize on property secured pursuant to the s. 178 security interest is integral to the exercise by Parliament of the federal jurisdiction in the field of banking. The issue, in the final analysis, is really the same as that addressed by the Privy Council in *Tennant v. Union Bank of Canada*, and I think the same result must follow.

This conclusion is in no way undermined by the decision of this Court in *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, *supra*. I do not share the view of the majority in the Court of Appeal that that decision in any way cuts down the ambit of the Privy Council's decision in *Tennant v. Union Bank of Canada*. As reflected in the excerpt I have cited above, *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia* simply settled that, in applying a provincial tax on property, a bank, as a property owner in respect of property assigned to it by operation of the *Bank Act* security, must be treated like any other property owner. That has nothing to do with the issue here. There is no logical nexus between the conclusion that a bank is to be treated as an ordinary taxpayer in respect of

Il s'ensuit que la définition de la manière précise dont une banque peut réaliser la sûreté visée à l'art. 178 ne peut être considérée comme une simple formalité du régime général de la Loi. Les dispositions en vertu desquelles la banque, sur cession de la sûreté, acquiert effectivement le titre de propriété des biens cédés doivent être plutôt considérées comme le pivot même de la sûreté que le Parlement a, dans sa sagesse, adopté. Loin d'être accessoires, ces dispositions font partie intégrante et sont inséparables du régime législatif. Supprimer de la *Loi sur les banques* les dispositions législatives qui définissent la réalisation de la sûreté et, par conséquent, vouloir obliger les banques à se conformer à toutes les particularités et variables des divers régimes provinciaux applicables à la réalisation et à l'exécution de la sûreté reviendrait, à mon avis, à déjouer l'intention précise qu'avait le Parlement en créant la sûreté de la *Loi sur les banques*.

En résumé, je conclus que la définition de la manière exacte dont la banque peut réaliser la sûreté qu'elle détient sur des biens en vertu de l'art. 178 fait partie intégrante de l'exercice par le Parlement fédéral de sa compétence en matière d'opérations bancaires. Tout compte fait, la question est vraiment la même que celle abordée par le Conseil privé dans l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, et je crois que le même résultat s'impose.

L'arrêt de notre Cour *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, précité, n'atténue d'aucune façon cette conclusion. Je ne partage pas l'avis des juges formant la majorité en Cour d'appel que cet arrêt vient restreindre d'une façon quelconque la portée de l'arrêt du Conseil privé *Tennant v. Union Bank of Canada*. Comme il ressort de l'extrait que j'ai reproduit précédemment, l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia* est simplement venu confirmer que, dans l'application d'un impôt provincial sur les biens, une banque, à titre de propriétaire des biens qui lui ont été cédés par application de la sûreté visée par la *Loi sur les banques*, doit être traitée comme tout autre propriétaire. Cela n'a rien à voir avec la question en l'espèce. Il n'y a aucun lien

property to which it holds title by virtue of the operation of a federally defined security interest, and the conclusion that legislation defining that security interest is *ultra vires* to the extent that it interferes with or modifies provincial law. Davis J.,^a in the following excerpt (at pp. 568-69), puts it beyond dispute that Parliament enjoys sole jurisdiction to define such a security interest:

... I have reached the conclusion that the goods in question, though owned by the bank subject to all the statutory rights and duties attached to the security, were property in the province of Nova Scotia

used in or in connection with or produced in or by the industry with respect to which the employer (was) assessed though not owned by the employer

and became subject to the lien of the provincial statute the same as the goods of other owners... It is a provincial measure of general application for the benefit of workmen employed in industry in the province and is not aimed at any impairment of bank securities though its operations may incidentally in certain cases have that effect. [Emphasis added.]

Nor do I see how the respondent can place any reliance on the decision of this Court in *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433. To begin with, that decision did not specifically address, nor was there need to address, the question whether a particular activity authorized by Parliament could be carried on by the banks as a legitimate exercise of the federal banking power. As I read *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, all it decided, for present purposes, was that the definition of what constitutes a bank is not to be gleaned merely from an examination of the particular activities carried on by an institution engaged in the provision of financial services, but rather depends on an institutional test, i.e., on the definition of a bank as fixed by Parliament. This is clear from the judgment of Laskin C.J., especially at p. 441, and the comments of Beetz J., at pp. 465 *et seq.*

logique entre la conclusion qu'une banque doit être traitée comme un contribuable ordinaire à l'égard des biens qu'elle détient en vertu d'une sûreté définie par une loi fédérale et la conclusion que la loi définissant cette sûreté est inconstitutionnelle dans la mesure où elle empiète sur le droit provincial ou le modifie. Le juge Davis, dans l'extrait suivant tiré des pp. 568 et 569, affirme qu'il est incontestable que le Parlement peut seul définir cette sûreté:^b

[TRADUCTION] ... j'en suis venu à la conclusion que les marchandises en question, bien que la banque en soit propriétaire sous réserve des droits et obligations établis par la loi relativement à la sûreté, étaient des biens situés dans la province de la Nouvelle-Écosse

utilisés dans l'entreprise ou liés à celle-ci ou produits dans l'entreprise ou par celle-ci à l'égard de laquelle l'employeur (a été) imposé bien qu'il n'en soit pas propriétaire

et sont devenus assujettis au privilège visé par la loi provinciale de la même façon que les biens d'autres propriétaires [...] Il s'agit d'une mesure provinciale d'application générale à l'avantage des travailleurs employés dans une entreprise dans la province, qui ne vise pas à porter atteinte aux sûretés de la banque bien que son application puisse accessoirement avoir cet effet dans certains cas. [Je souligne.]^c

Je ne vois pas non plus comment l'intimé peut s'appuyer sur l'arrêt de notre Cour *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433. D'abord, cet arrêt n'a pas examiné précisément, et cela n'était pas nécessaire, la question de savoir si une activité particulière autorisée par le Parlement pouvait être poursuivie par les banques à titre d'exercice légitime de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires. Selon mon interprétation de l'arrêt *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, tout ce qu'il a décidé, pour les fins du présent pourvoi, c'est que la définition de ce qui constitue une banque ne doit pas découler simplement d'un examen des activités particulières d'une institution qui offre des services financiers, mais doit plutôt dépendre d'un critère institutionnel, c'est-à-dire de la définition d'une banque établie par le Parlement. Cela ressort clairement des motifs du juge en chef Laskin, particulièrement à la p. 441, et des remarques du juge Beetz, aux pp. 465 et suiv.^d
^e
^f
^g
^h
ⁱ
^j

It is true that Beetz J., at p. 468, went on to observe that the pronouncement of Lord Watson in *Tennant v. Union Bank of Canada*, *supra*, to the effect that “banking” was “wide enough to embrace every transaction within the legitimate business of a banker” could not be read literally. As he explained:

It cannot be read literally for it would then mean for instance that the borrowing of money or the lending of money, with or without security, which come within the legitimate business of a great many other types of institutions as well as of individuals, would, in every respect, fall under the exclusive legislative competence of Parliament. Such a result was never intended. But Lord Watson was then speaking of the federal legislative authority with respect to institutions which had been chartered as banks and his statement makes sense if understood in institutional terms. [Emphasis added.]

It is important to bear in mind that Beetz J.’s remarks were made with an eye to the transformation of the financial services industry that has taken place in this country; see also Laskin C.J., at p. 440. If at one time the lending of money in Canada was primarily the preserve of the chartered banks, this is, of course, no longer true. Myriad institutions now lend money on security, and engage in the enforcement and realization of their loans, among them trust companies, credit unions, finance companies, caisses populaires and department stores. The decision in *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan* addresses this reality and recognizes that it would be unrealistic to hold that federal jurisdiction extends to every entity engaged in transactions that might literally be described as coming within the “legitimate business of a banker”. It is solely in this sense that the respondent is correct in its submission that not every transaction coming within the legitimate business of a banker is within the jurisdiction of Parliament.

This finding, however, cannot serve as a basis for the conclusion that a given aspect of the business of banking carried on by “institutions chartered as banks” no longer falls within the confines

Il est vrai que le juge Beetz, à la p. 468, a souligné que l’avis de lord Watson dans l’arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, précité, selon lequel l’expression [TRADUCTION] «opérations bancaires» était «suffisamment large pour comprendre toute opération entrant dans l’entreprise légitime d’un banquier» ne pouvait être interprété littéralement. Il a expliqué:

On ne peut l’interpréter littéralement car cela signifierait, par exemple, que les emprunts ou les prêts d’argent, avec ou sans garantie, ce qui fait partie de l’entreprise légitime de plusieurs autres types d’institutions ainsi que des particuliers, relèveraient, à tout point de vue, de la compétence législative exclusive du Parlement. On n’a jamais voulu un tel résultat. Mais lord Watson parlait alors du pouvoir législatif fédéral sur les institutions qui avaient été établies comme banques à charte et son énoncé est compréhensible s’il est interprété en termes institutionnels. [Je souligne.]

Il est important d’avoir à l’esprit que les remarques du juge Beetz tenaient compte de la transformation qu’avait connu le secteur des services financiers dans ce pays; voir également le juge en chef Laskin, à la p. 440. Si l’on a pu affirmer à une époque que le prêt d’argent au Canada relevait principalement du privilège des banques à charte, il n’en est évidemment plus ainsi. Il existe une foule d’institutions qui consentent maintenant des prêts moyennant sûreté et qui procèdent à l’exécution et à la réalisation de leurs prêts, notamment les sociétés de fiducie, les caisses de crédit, les compagnies de finance, les caisses populaires et les magasins à rayons. L’arrêt *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan* porte sur cette réalité et reconnaît qu’il ne serait pas réaliste d’affirmer que la compétence fédérale s’étend à toute institution dont les opérations pourraient littéralement être décrites comme faisant partie de «l’entreprise légitime d’un banquier». Ce n’est que dans ce sens que l’intimé a raison de prétendre que ce ne sont pas toutes les opérations faisant partie de l’entreprise légitime d’un banquier qui relèvent de la compétence du Parlement.

Cette constatation ne permet cependant pas de conclure qu’un aspect donné des opérations bancaires des «institutions établies comme banques à charte» ne relève plus de la compétence fédérale

of the federal banking power. Such a result could only flow from a case in which the constitutionality of a given legislative provision bearing on banking had been specifically put in issue. The following remarks of Beetz J., in which he qualifies the limits to the application of this “institutional approach” to the definition of banking, make this abundantly clear, at p. 466:

... it is an approach which is particularly appropriate in a case where what has to be decided is whether a given institution falls within the concept of banking as a business, and not whether a legislative enactment is constitutionally depending on its relationship to banking within the meaning of s. 91.15 of the Constitution. The characterization of legislation and the characterization of a business are not identical processes. Legislation for instance, may be divisible whereas a business as a going concern is indivisible and must stand or fall as a whole on one side of the constitutional line or the other. The concept of banking as a business and the meaning of the word “banking” in s. 91.15 are not necessarily co-extensive; the meaning of “banking” in the section might very well be wider than the concept of banking as a business. [Emphasis added.]

In short, *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan* simply has no bearing on the question of the constitutionality of the security interest created by ss. 178 and 179, and can, therefore, in no way be taken as being in contradiction with *Tennant v. Union Bank of Canada* and the other authorities canvassed earlier.

I would thus answer the second question in the negative. Based on the unbroken line of authority stretching back to the decision in *Tennant v. Union Bank of Canada*, *supra*, I take it to be beyond dispute that the federal banking power empowers Parliament to create an innovative form of financing and to define, in a comprehensive and exclusive manner, the rights and obligations of borrower and lender pursuant to that interest.

The Question of Paramourcy

Do sections 178 and 179 of the *Bank Act* conflict with ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* so as to render inoperative ss. 19 to 36 in respect of security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank?

sur les banques. Un tel résultat ne pourrait découler que d'une affaire où la constitutionnalité d'une disposition législative donnée portant sur les opérations bancaires a précisément été contestée. Les remarques suivantes du juge Beetz dans lesquelles il restreint l'application de cette «méthode institutionnelle» à la définition des opérations bancaires sont très claires, à la p. 466:

... c'est une méthode qui est particulièrement appropriée dans une affaire où la question à trancher est de savoir si l'entreprise d'une institution donnée correspond à la notion d'entreprise d'opérations bancaires, et non de savoir si un texte législatif a constitutionnellement rapport aux banques au sens du par. 91.15 de la Constitution. La qualification de la législation n'obéit pas aux mêmes règles que celle de l'entreprise. La loi, par exemple, peut être divisible tandis qu'une entreprise active est indivisible et doit se trouver entièrement d'un côté ou de l'autre de la ligne de démarcation constitutionnelle. Le mot «banque» dans l'expression «entreprise d'opérations de banque» et le mot «banques» au par. 91.15 n'ont pas nécessairement la même portée. Le sens de «banques» à ce paragraphe pourrait très bien déborder la notion d'opérations bancaires. [Je souligne.]

En résumé, l'arrêt *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan* n'a tout simplement rien à voir avec la question de la constitutionnalité de la sûreté visée aux art. 178 et 179 et on ne peut d'aucune façon affirmer qu'il contredit l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada* et les autres décisions examinées précédemment.

Je suis donc d'avis de répondre à la deuxième question par la négative. Compte tenu du courant de jurisprudence ininterrompu qui remonte à l'arrêt *Tennant v. Union Bank of Canada*, précité, j'estime qu'il est incontestable que la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires permet au Parlement d'établir une nouvelle forme de financement et de définir, d'une façon complète et exclusive, les droits et obligations des emprunteurs et des prêteurs en vertu de cette sûreté.

La question de la prépondérance

Les articles 178 et 179 de la *Loi sur les banques* entrent-ils en conflit avec les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, de façon à rendre ces articles inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte?

The decision of this Court in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, *supra*, has delimited the circumstances that will justify application of the doctrine of paramountcy, whereby otherwise validly enacted provincial legislation will be held to be inoperative to the extent that it conflicts with federal legislation. In a widely quoted passage, Dickson J., as he then was, espoused the view that the doctrine of paramountcy would only need to be invoked in instances where it is impossible to comply with both legislative enactments. He stated, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other.

Multiple Access Ltd. v. McCutcheon was a case involving duplicative federal and provincial legislation. This Court rejected the view that such enactments could not operate concurrently simply because resort to the one would preclude resort to the other. On the contrary, Dickson J., borrowing the phrase coined by Professor Lederman in his seminal article “The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada” (1963), 9 *McGill L.J.* 185, expressed the view that in a federal system such legislation was expressive of the “ultimate in harmony”. In the following excerpt Dickson J. provides a cogent and succinct rationale for this view, at pp. 189-90:

... the cases where overlapping provincial legislation has not been rendered inoperative cannot be validly distinguished on the basis that in each of them there were elements of difference between the provincial and the federal legislation; there is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament. [Emphasis added.]

On the basis of these principles, the question before me is thus reducible to asking whether there is an “actual conflict in operation” between the *Bank Act* and *The Limitation of Civil Rights Act*

Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, précité, notre Cour a déterminé les circonstances justifiant l'application de la théorie de la prépondérance en vertu de laquelle une loi provinciale par ailleurs valide sera déclarée inopérante dans la mesure où elle entre en conflit avec une loi fédérale. Dans un passage fréquemment cité, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a conclu que la théorie de la prépondérance ne devrait être invoquée que dans les cas où il est impossible de se conformer aux deux lois. Voici ce qu'il affirme, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

L'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon* portait sur des lois fédérale et provinciale qui se répétaient. La Cour a rejeté l'avis que ces lois ne pouvaient être appliquées concurremment pour la seule raison que l'application de l'une empêcherait le recours à l'autre. Au contraire, le juge Dickson, faisant siens les propos du professeur Lederman dans son article fondamental intitulé «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada» (1963), 9 *McGill L.J.* 185, a exprimé l'avis que dans un régime fédéral une telle loi exprimait le «summum de l'harmonie». Dans le passage suivant tiré des pp. 189 et 190, le juge Dickson justifie clairement et brièvement son opinion:

... on ne peut valablement distinguer les cas où une loi provinciale qui chevauche n'a pas été déclarée inopérante, en disant qu'il y a dans chaque cas des différences entre le texte de loi provincial et la loi fédérale. Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement. [Je souligne.]

À partir de ces principes, la question qu'il me faut trancher se résume donc à savoir s'il y a un «conflit réel d'application» entre la *Loi sur les banques* et *The Limitation of Civil Rights Act* en

in the sense that the legislative purpose of Parliament stands to be displaced in the event that the appellant bank is required to defer to the provincial legislation in order to realize on its security. This calls for an examination of the provincial ^a legislation.

As is apparent from s. 20, the purpose of ss. 21 to 35 of *The Limitation of Civil Rights Act* is to prescribe, in a comprehensive manner, the procedure which a secured creditor must follow in Saskatchewan in order to take possession of his security. Failure to follow the prescribed procedure results in the imposition of a sweeping penalty provision; s. 27 provides, in these circumstances, for the determination of the security agreement and the release of the debtor from all liability. I shall assume for the purposes of this appeal that the Court of Appeal correctly interpreted the provision as applying to federally created securities. ^b

The most salient feature of the procedure set out in ss. 21 to 35 of the Act, as I understand it, is that it is designed to ensure that a judge determine the terms and conditions under which a creditor may repossess and seize articles. Section 33 makes this clear. It is a judge who is to decide if, when, and under what circumstances the pledged article is to be returned to the secured party. ^c

The contrast with the comprehensive regime provided for in ss. 178 and 179 of the *Bank Act* could not be more striking. The essence of that regime, it hardly needs repeating, is to assign to the bank, on the taking out of the security, right and title to the goods in question, and to confer, on default of the debtor, an immediate right to seize and sell those goods, subject only to the conditions and requirements set out in the *Bank Act*. ^d

On a comparison of the two enactments, can it be said that there is an "actual conflict in operation" between them, giving that phrase the meaning above described? I am led inescapably to the conclusion that there is. The *Bank Act* provides that a lender may, on the default of his borrower, seize his security, whereas *The Limitation of Civil* ^e

ce sens que l'intention du Parlement risque d'être écartée si la banque appelante doit respecter la loi provinciale pour réaliser sa sûreté. Cela exige un examen de la loi provinciale.

Comme il ressort de l'art. 20, l'objet des art. 21 à 35 de *The Limitation of Civil Rights Act* est de prescrire en détail la procédure qu'un créancier garanti doit suivre en Saskatchewan pour prendre possession des biens visés par une sûreté. L'omission de suivre la procédure prescrite entraîne l'imposition d'une sanction radicale; l'art. 27 prévoit que, dans ces circonstances, le contrat de sûreté prend fin et le débiteur est libéré de toutes ses obligations. Pour les fins du présent pourvoi, je vais tenir pour acquis que la Cour d'appel a eu raison de considérer que cette disposition s'applique aux sûretés créées par une loi fédérale. ^f

Si je comprends bien, l'aspect le plus frappant de la procédure établie aux art. 21 à 35 de la Loi, est qu'elle a pour but de permettre à un juge d'établir les modalités en vertu desquelles un créancier peut saisir et rentrer en possession des biens. L'article 33 l'explique clairement. Il appartient au juge de décider si, quand et dans quelles circonstances les biens donnés en gage doivent être remis au créancier garanti. ^g

Le contraste avec le régime détaillé prévu aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* ne pourrait être plus frappant. L'aspect essentiel de ce régime, est-il nécessaire de le rappeler, est de céder à la banque, dès que la sûreté est accordée, les droit et titre sur les biens en question et de lui conférer, en cas de défaut de la part du débiteur, un droit immédiat de saisir et de vendre ces biens, sous réserve des seules modalités énoncées dans la *Loi sur les banques*. ^h

En comparant les deux lois, peut-on dire qu'il existe un «conflit réel d'application» entre elles, donnant à cette expression le sens décrit précédemment? Je suis inévitablement obligé de conclure qu'il y a conflit. La *Loi sur les banques* prévoit que le créancier peut, en cas de défaut de la part de l'emprunteur, saisir les biens visés par la sûreté, ⁱ

Rights Act forbids a creditor from immediately repossessing the secured article on pain of determination of the security interest. There could be no clearer instance of a case where compliance with the federal statute necessarily entails defiance of its provincial counterpart. The necessary corollary to this conclusion is that to require the bank to defer to the provincial legislation is to displace the legislative intent of Parliament. As the dissenting judge, Wakeling J., put it in the Court of Appeal, at pp. 34-35:

The provincial legislation obviously intends that the unqualified right of seizure granted to the bank is to be restricted. It does so by saying a bank may exercise the right of seizure given by s. 178(3) but only by leave of a judge, who will apply criteria formulated by the Province as to when and under what circumstances seizure can take place.

I do not think it is open to a provincial legislature to qualify in this way a right given and defined in a federal statute; see *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87, per Duff C.J., at p. 95.

I am not, with respect, dissuaded from this conclusion by the reasoning of the majority in the Court of Appeal to the effect that requiring a bank to defer to the provisions of *The Limitation of Civil Rights Act* would, in any given instance, have, in all likelihood, the sole effect of delaying the bank's ability to take possession of its security. As Sherstobitoff J.A. put it, at p. 40:

The *Limitations [sic] of Civil Rights Act* simply requires that a creditor give notice to a debtor before seizure of property so as to enable the debtor to make application to the court. The application and resulting order may have the effect of delaying the taking of possession by the creditor. It does not affect the amount of the indebtedness or liability for payment of same except in cases of noncompliance with the terms of the Act so as to bring s. 27 into play. Put simply, it requires the Bank to follow certain procedures before realizing upon its security, and nothing more.

The reasoning of the majority on this point cannot be determinative of the question of para-

alors que *The Limitation of Civil Rights Act* interdit au créancier de rentrer immédiatement en possession des biens donnés en garantie sous peine de résolution de la sûreté. On ne pourrait trouver un exemple plus clair d'un cas où l'observance de la loi fédérale entraîne forcément l'inobservance de la loi provinciale. Cette conclusion signifie forcément qu'obliger la banque à respecter la loi provinciale, c'est écarter l'intention du Parlement. Comme le juge Wakeling, dissident en Cour d'appel l'affirme, aux pp. 34 et 35:

[TRADUCTION] La loi provinciale a évidemment pour objet de restreindre le droit de saisie absolu accordé à la banque. Elle le fait en affirmant qu'une banque peut exercer le droit de saisie que lui confère le par. 178(3), mais seulement avec la permission d'un juge qui applique les critères formulés par la province en ce qui concerne le moment et les circonstances où la saisie peut avoir lieu.

Je ne crois pas qu'une législature provinciale puisse restreindre de cette façon un droit accordé et défini dans une loi fédérale; voir l'arrêt *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87, le juge en chef Duff, à la p. 95.

En toute déférence, le raisonnement des juges formant la majorité en Cour d'appel, selon lequel obliger une banque à respecter les dispositions de *The Limitation of Civil Rights Act* aurait, dans tous les cas et selon toute vraisemblance, le seul effet de retarder la capacité de la banque de prendre possession des biens visés par la sûreté ne me dissuade pas de tirer cette conclusion. Comme le juge Sherstobitoff de la Cour d'appel l'affirme, à la p. 40:

[TRADUCTION] La *Limitation of Civil Rights Act* exige simplement qu'un créancier donne avis à son débiteur avant de saisir les biens de manière à lui permettre de s'adresser à la cour. La demande et l'ordonnance qui s'ensuit peuvent avoir pour effet de retarder la prise de possession par le créancier. La Loi ne modifie pas l'état d'endettement ni l'obligation de payer, sauf en cas d'inobservance des conditions de la Loi qui donne ouverture à l'art. 27. Simplement, la Loi oblige la banque à respecter certaines procédures avant de réaliser sa sûreté, rien de plus.

Le raisonnement de la cour à la majorité à cet égard ne peut être concluant en ce qui concerne la

mountcy. Such a view, with respect, rests on a misinterpretation of what was said in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*. For, as we have seen, dual compliance will be impossible when application of the provincial statute can fairly be said to frustrate Parliament's legislative purpose. In this instance, as I have already noted, Parliament's legislative purpose in defining the unique security interest created by ss. 178 and 179 of the *Bank Act* was manifestly that of creating a security interest susceptible of uniform enforcement by the banks nationwide, that is to say a lending regime *sui generis* in which, to borrow the phrase of Muldoon J. in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.*, *supra*, at p. 159, the "bank obtains and may assert its right to the goods and their proceeds against the world, except as only Parliament itself may reduce or modify those rights" (emphasis added). This, of course, is merely another way of saying that Parliament, in its wisdom, wished to guard against creating a lending regime whereby the rights of the banks would be made to depend solely on provincial legislation governing the realization and enforcement of security interests.

I can only conclude that it was Parliament's manifest legislative purpose that the sole realization scheme applicable to the s. 178 security interest be that contained in the *Bank Act* itself. Again, as I pointed out earlier, I am firmly of the view that the security interest and realization procedure must, in essence, be viewed as a single whole in that both components of the legislation are fully integral to Parliament's legislative purpose in creating this form of financing. In other words, a s. 178 security interest would no longer be cognizable as such the moment provincial legislation might operate to superadd conditions governing realization over and above those found within the confines of the *Bank Act*. To allow this would be to set at naught the very purpose behind the creation of the s. 178 security interest.

Accordingly, the determination that there is no repugnancy cannot be made to rest on the sole

question de la prépondérance. En toute déférence, cette opinion repose sur une mauvaise interprétation de ce qui a été dit dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*. En effet, comme nous l'avons vu, il ne sera pas possible de se conformer aux deux textes lorsqu'il est raisonnable d'affirmer que l'application de la loi provinciale aura pour effet de déjouer l'intention du Parlement. En l'espèce, comme je l'ai déjà souligné, l'intention qu'avait le Parlement en définissant la sûreté unique créée aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* était évidemment d'établir une sûreté susceptible d'application uniforme par toutes les banques du pays, c'est-à-dire un régime de crédit *sui generis* selon lequel, pour reprendre les propos du juge Muldoon dans la décision *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. R.*, précitée, à la p. 159, la «banque acquiert et peut exercer sur les marchandises et le produit de leur réalisation un droit qui est opposable à tous, si ce n'est au législateur lui-même qui, seul, conserve le pouvoir de le restreindre ou de le modifier» (je souligne). Évidemment, il s'agit simplement d'une autre façon de dire que le Parlement, dans sa sagesse, a voulu prévenir l'établissement d'un régime de crédit selon lequel les droits des banques dépendraient uniquement de la législation provinciale régissant la réalisation et l'exécution des sûretés.

Je peux seulement conclure qu'il était de l'intention manifeste du Parlement que le seul régime de réalisation applicable à la sûreté visée par l'art. 178 soit celui prévu dans la *Loi sur les banques* elle-même. Encore une fois, comme je l'ai déjà souligné, je suis fermement d'avis que la sûreté et la procédure de réalisation doivent essentiellement être considérées comme un tout en ce sens que les deux composantes de la Loi font partie intégrante de l'intention du Parlement d'adopter cette forme de financement. En d'autres termes, la sûreté de l'art. 178 ne serait plus reconnaissable comme telle si la loi provinciale pouvait surajouter des conditions régissant sa réalisation en plus de celles qui se trouvent dans la *Loi sur les banques*. Permettre cela reviendrait à ignorer l'objet même de la création de la sûreté visée par l'art. 178.

Par conséquent, la décision qu'il y a absence d'incompatibilité ne saurait reposer sur la seule

consideration that, at the end of the day, the bank might very well be able to realize on its security if it defers to the provisions of the provincial legislation. A showing that conflict can be avoided if a provincial Act is followed to the exclusion of a federal Act can hardly be determinative of the question whether the provincial and federal acts are in conflict, and, hence, repugnant. That conclusion, in my view, would simply beg the question. The focus of the inquiry, rather, must be on the broader question whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose. Absent this compatibility, dual compliance is impossible. Such is the case here. The two statutes differ to such a degree in the approach taken to the problem of realization that the provincial cannot substitute for the federal.

I have dealt with this case on the basis of paramountcy to meet the arguments put forward by counsel. But the issue can, I think, be answered more directly. At the end of the day, I agree with counsel for the Attorney General of Canada that this is simply a case where Parliament, under its power to regulate banking, has enacted a complete code that at once defines and provides for the realization of a security interest. There is no room left for the operation of the provincial legislation and that legislation should, accordingly, be construed as inapplicable to the extent that it trenches on valid federal banking legislation.

In response to the third question, then, I would hold that ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, if interpreted to include a s. 178 security, conflict with ss. 178 and 179 of the *Bank Act* so as to render ss. 19 to 36 inoperative in respect of the security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. To put it another way, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*.

Disposition

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal, and reply to the

considération qu'en fin de compte la banque pourrait très bien réaliser sa sûreté si elle respecte les dispositions de la loi provinciale. La démonstration que le conflit peut être évité si la loi provinciale est respectée à l'exclusion de la loi fédérale peut difficilement constituer une réponse à la question de savoir si les lois provinciale et fédérale entrent en conflit et sont, par conséquent, incompatibles. À mon avis, cette conclusion reviendrait simplement à supposer vrai ce qui est en question. L'examen doit plutôt porter sur la question plus large de savoir si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale. Dans la négative, le double respect des lois est impossible. Il en est ainsi en l'espèce. Les deux lois diffèrent tellement dans la façon d'aborder le problème de la réalisation que la loi provinciale ne peut se substituer à la loi fédérale.

J'ai tranché cette affaire en fonction de la prépondérance pour répondre aux arguments présentés par les avocats. Mais je crois qu'on peut répondre plus directement à la question. En définitive, je partage l'avis de l'avocat du procureur général du Canada qu'il s'agit simplement d'un cas où le Parlement, en vertu de son pouvoir de réglementer les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

Donc, en réponse à la troisième question, je suis d'avis de conclure que les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, interprétés de manière à inclure une sûreté visée par l'art. 178, entrent en conflit avec les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. En d'autres termes, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* sont inapplicables à la garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de répondre à la

legal question put to the Chambers Judge in the same manner as he did, with costs throughout.

I would reply to the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16, *ultra vires* the Legislature of Saskatchewan in whole or in part?

Answer: No.

2. Are ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, *ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part?

Answer: No.

3. Do ss. 178 and 179 of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, conflict with ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16, so as to render inoperative ss. 19 to 36 in respect of security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank?

Sections 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to a security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*.

Appeal allowed with costs. The first and second constitutional questions should be answered in the negative. As to the third, ss. 19 to 36 of The Limitation of Civil Rights Act are inapplicable to a security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the Bank Act.

Solicitors for the appellant: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk & Kyle, Regina.

Solicitors for the respondent: Hleck, Kanuka, Thuringer, Semenchuck, Sandomirsky, Boyd & Baker, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

question de droit soumise au juge en chambre de la même façon qu'il l'a fait, avec dépens dans toutes les cours.

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

1. Les articles 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, excèdent-ils en totalité ou en partie les pouvoirs de la législature de la Saskatchewan?

Réponse: Non.

2. Les articles 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, excèdent-ils en totalité ou en partie les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

3. Les articles 178 et 179 de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, entrent-ils en conflit avec les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, de façon à rendre ces articles inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte?

Les articles 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* ne s'appliquent pas à une garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*.

Pourvoi accueilli avec dépens. Les première et deuxième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative. Quant à la troisième, les art. 19 à 36 de The Limitation of Civil Rights Act ne s'appliquent pas à une garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la Loi sur les banques.

Procureurs de l'appelante: Balfour, Moss, Milliken, Laschuk & Kyle, Regina.

Procureurs de l'intimé: Hleck, Kanuka, Thuringer, Semenchuck, Sandomirsky, Boyd & Baker, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Solicitors for the intervener the National Farmers Union: Brent & Lamontagne, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenant le Syndicat national des cultivateurs: Brent & Lamontagne, Saskatoon.

Richard Langlois and Jean-Pierre Bédard
Appellants

v.

Pierre Cloutier *Respondent*

INDEXED AS: CLOUTIER V. LANGLOIS

File No.: 20519.

1989: November 1; 1990: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Assault — Searches — Police officers accused of assault for having searched respondent after his arrest — Whether search of respondent justified — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(b).

Criminal law — Police powers — Search incidental to an arrest — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested.

Criminal law — Appeals before appellate court — Question of law — Legality of search carried out at time of arrest — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 771(1)(a).

This appeal raises the question of the existence and scope of the power of the police to search a person who has been lawfully arrested. The appellants, both officers with the Montreal Urban Community Police Department, stopped the vehicle driven by the respondent after the latter had violated a municipal by-law. They proceeded to arrest him upon being informed by police headquarters that a warrant of committal for unpaid traffic fines had been issued against him in Municipal Court. Highly agitated and abusive, the respondent accompanied the officers to their car, where they carried out a "frisk" search: with the respondent's hands on the hood of the car and his legs spread, the officers patted him down. The respondent was then taken to the police station, where he filed an information against each of the police officers for common assault. At trial, the respondent argued that the police officers were not authorized to search him and that the search was an assault within the meaning of s. 245(b) of the *Criminal Code*. The Summary Convictions Court judge dismissed the informations and this judgment was upheld by the

Richard Langlois et Jean-Pierre Bédard
Appellants

c.

^a **Pierre Cloutier** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CLOUTIER c. LANGLOIS

N° du greffe: 20519.

^b 1989: 1^{er} novembre; 1990: 1^{er} février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c

Droit criminel — Voies de fait — Fouilles — Policiers accusés de voies de fait pour avoir fouillé l'intimé après son arrestation — La fouille de l'intimé était-elle justifiée? — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245b).

Droit criminel — Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à l'arrestation — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

Droit criminel — Pourvois devant la cour d'appel — Question de droit — Légalité d'une fouille effectuée au moment de l'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 771(1)a).

Le présent pourvoi soulève la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation. Les appellants, deux agents du Service de la police de la Communauté urbaine de Montréal, ont intercepté le véhicule conduit par l'intimé à la suite d'une infraction à un règlement municipal. Ils ont procédé à son arrestation après avoir été informés par la centrale de police qu'un mandat d'emprisonnement pour contraventions impayées avait été délivré contre lui en Cour municipale. L'intimé, furieux et grossier, a accompagné les policiers jusqu'à leur voiture où ils ont procédé à une fouille sommaire: les mains de l'intimé posées sur le capot de la voiture et les jambes écartées, les policiers ont palpé l'extérieur de ses vêtements. L'intimé a par la suite été conduit au poste de police où il a déposé contre chacun des policiers une dénonciation pour voies de fait simples. Au procès, l'intimé a prétendu que les policiers n'étaient pas autorisés à le fouiller et que la fouille constituait des voies de fait au sens de l'al. 245b) du *Code criminel*. Le juge de la Cour des poursuites som-

Superior Court. The Court of Appeal in a majority judgment allowed the respondent's appeal and entered a verdict of guilty. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not invoked by the parties.

Held: The appeal should be allowed.

Determining the legality of the search in this case is strictly a question of law within the meaning of s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*. The resolution of the dispute as to the basis of the power to carry out a search after an arrest is not dependent on the facts, since it concerns the exact scope of the legal rule.

At common law a police officer may carry out a "frisk" search of a person who has been lawfully arrested and the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of such a power. A "frisk" search incidental to a lawful arrest reconciles the public's interest in the effective and safe enforcement of the law and its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals since it constitutes a minimal intrusion on individual rights which is necessary to ensure that criminal justice is properly administered.

The exercise of the power to search is not, however, unlimited. First, this power does not impose a duty. The police have some discretion and, if satisfied that the law can be effectively and safely applied, they may see fit not to conduct a search. They must also be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives forming the basis of the right to search. Second, as regards these objectives, the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice — such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused — and the purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice. Third, the search must not be conducted in an abusive fashion, and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation. A search which does not meet these objectives could be characterized as unreasonable and unjustified at common law.

In this case, the frisk search of the respondent was justified. The evidence showed that the police carried out the search taking into account all the circumstances

maires a rejeté les dénonciations et le jugement a été confirmé par la Cour supérieure. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimé et consigné un verdict de culpabilité. L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas été invoqué par les parties.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La détermination de la légalité de la fouille en l'espèce est une pure question de droit au sens de l'al. 771(1)a) du *Code criminel*. La résolution de la controverse entourant le fondement du pouvoir d'effectuer une fouille après une arrestation n'est aucunement tributaire des faits car elle concerne la portée exacte de la règle de droit.

En vertu de la common law, un policier peut procéder à la fouille sommaire d'une personne légalement mise en état d'arrestation et la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence de ce pouvoir. La fouille sommaire accessoire à une arrestation légale concilie l'intérêt public dans l'application efficace et sécuritaire de la loi et l'intérêt public d'assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus, puisqu'elle constitue une atteinte minimale aux droits individuels qui est nécessaire pour assurer une saine administration de la justice criminelle.

L'exercice du pouvoir relatif à la fouille n'est toutefois pas sans limites. Premièrement, ce pouvoir n'impose pas un devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion et ils peuvent, s'ils sont convaincus que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire, juger opportun de ne pas procéder à une fouille. Ils doivent aussi être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents à l'existence de ce droit de fouille. Deuxièmement, quant à ces derniers, la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle — telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu — et son but ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice. Troisièmement, la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce. Une fouille qui ne répondrait pas à ces objectifs pourrait être tenue pour abusive et non justifiée en vertu de la common law.

En l'espèce, la fouille sommaire de l'intimé était justifiée. La preuve indique que les policiers ont procédé à la fouille en tenant compte de toutes les circonstances

and the desired objectives, that they searched the respondent in pursuit of a valid objective, i.e. police safety in making a lawful arrest, and that the search was conducted without excessive constraint. Therefore the Summary Convictions Court judge made no error in dismissing the informations for assault brought against the appellants.

Cases Cited

Applied: *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; **referred to:** *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198; *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61; *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245; *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420; *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164; *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128; *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848); *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867); *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979); *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981); *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221; *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Rousseau*, [1985] R.L. 108; *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 29, 245(b) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 21; am. 1974-75-76, c. 93, s. 22; 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 744, 771(1)(a).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 32.

et des objectifs poursuivis, qu'ils ont fouillé l'intimé dans la poursuite d'un objectif valable, soit la sécurité des policiers lors d'une arrestation légale, et que la fouille a été effectuée sans contrainte abusive. Le juge de la Cour des poursuites sommaires n'a donc pas commis d'erreur en rejetant les dénonciations pour voies de fait portées contre les appelants.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; **arrêts mentionnés:** *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198; *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61; *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245; *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420; *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164; *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128; *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848); *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867); *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979); *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981); *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221; *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Rousseau*, [1985] R.L. 108; *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

i Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 25, 29, 245(b) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 21; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 22; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 744, 771(1)a).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 32.

Authors Cited

- Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Report 32. *Our Criminal Procedure*. Ottawa: Law Reform Commission, 1988.
- Feldman, David. *The Law Relating to Entry, Search and Seizure*. London: Butterworths, 1986.
- Hampton, Celia. *Criminal Procedure*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales*. London: Butterworths, 1975.
- McCalla, Winston. *Search and Seizure in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1984.
- Paikin, Lee. "The Standard of "Reasonableness" in the Law of Search and Seizure". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.
- Robilliard, St John Anthony and Jenny McEwan. *Police Powers and the Individual*. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1986.
- Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- Wharton's Criminal Procedure*, vol. 1, 12th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Ltd., 1974.
- Whitebread, Charles H. *Criminal Procedure: An analysis of Constitutional Cases and Concepts*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1479, 7 Q.A.C. 169, allowing an appeal by respondent from a judgment of the Superior Court¹, dismissing respondent's appeal from the acquittals of the appellants pronounced by a judge of the Court of Sessions of the Peace², on informations for common assault laid by respondent. Appeal allowed.

¹ S.C. Mtl., No. 500-36-000221-849, December 7, 1984.

² S.P. Mtl., No. 12939-838 and 12940-836, May 22, 1984.

Doctrine citée

- Archibald, Bruce P. «Le droit relatif à l'arrestation». Dans Vincent M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*. Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*, t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 32. *Notre procédure pénale*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1988.
- Feldman, David. *The Law Relating to Entry, Search and Seizure*. London: Butterworths, 1986.
- Hampton, Celia. *Criminal Procedure*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales*. London: Butterworths, 1975.
- McCalla, Winston. *Search and Seizure in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1984.
- Paikin, Lee. «La norme du «caractère raisonnable» dans le droit de la perquisition et de la saisie». Dans Vincent M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*. Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983.
- Robilliard, St John Anthony and Jenny McEwan. *Police Powers and the Individual*. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1986.
- Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- Wharton's Criminal Procedure*, vol. 1, 12th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Ltd., 1974.
- Whitebread, Charles H. *Criminal Procedure: An analysis of Constitutional Cases and Concepts*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1479, 7 Q.A.C. 169, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait rejeté l'appel de l'intimé à l'encontre des acquittements des appelants prononcés par un juge de la Cour des sessions de la paix², relativement à des dénonciations pour voies de fait simples déposées par l'intimé. Pourvoi accueilli.

¹ C.S. Mtl., n° 500-36-000221-849, 7 décembre 1984.

² C.S.P. Mtl., n° 12939-838 et 12940-836, 22 mai 1984.

Richard Mongeau and Guy Lafrance, for the appellants.

Pierre Cloutier, for himself.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises squarely, for the first time in this Court the question of the existence and scope of the power of the police to search a person who has been lawfully arrested.

Facts

The facts out of which this issue arose are not in dispute and may be summarized as follows. The appellants Langlois and Bédard are constables employed by the police department of the Montreal Urban Community. The respondent Cloutier is a lawyer practising in that city. On November 3, 1983, early in the evening, the respondent made a right turn from the centre lane of St-Denis Street in Montréal. In so doing, the respondent's vehicle passed directly in front of a police vehicle parked at the street corner. The constables decided that the respondent's turn was in breach of a municipal by-law, stopped him and asked for his driver's licence and other documents for identification purposes. As conceded by the respondent in this Court, [TRANSLATION] "the tone became somewhat heated" during this exchange.

While constable Langlois was writing up a notice of violation, officer Bédard learned by radio contact with police headquarters that a warrant of committal had been issued against the respondent in the Municipal Court for unpaid traffic fines. The constables informed the respondent and asked him to accompany them to the police station. When they asked the respondent to get into the patrol car, the constables carried out a "frisk" search: the hands of the accused were placed on the hood of the car, his legs spread and the constables patted him down. The respondent was then taken to the police station.

Subsequent to these events the respondent, relying on the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C.

Richard Mongeau et Guy Lafrance, pour les appelants.

Pierre Cloutier, en personne.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi soulève pour la première fois devant notre Cour la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

Les faits

Les faits à l'origine du présent litige ne sont pas contestés et peuvent se résumer brièvement comme suit. Les appelants Langlois et Bédard sont des constables au service de la police de la Communauté urbaine de Montréal. L'intimé Cloutier exerce comme avocat dans la même ville. Le 3 novembre 1983, tôt dans la soirée, l'intimé effectue un virage à droite à partir de la voie du centre de la rue St-Denis à Montréal. Ce faisant, le véhicule de l'intimé passe juste devant le véhicule de police stationné au coin de la rue. Jugeant que la manœuvre de l'intimé constitue une infraction à un règlement municipal, les constables interceptent l'intimé et lui demandent de leur remettre son permis de conduire et d'autres documents pour fins d'identification. Tel que reconnu par l'intimé lors de sa plaidoirie devant nous, «le ton a monté un peu» durant ces événements.

Pendant que le constable Langlois rédige un avis de contravention à l'intention de l'intimé, l'agent Bédard apprend par communication radio de la centrale de police qu'un mandat d'emprisonnement pour contraventions impayées avait été émis en Cour municipale contre l'intimé. Les constables transmettent cette information à l'intimé et le prient de les accompagner dans leur voiture jusqu'au poste de police. Au moment d'inviter l'intimé à monter dans l'auto-patrouille, les constables procèdent à une fouille sommaire: les mains du prévenu posées sur le capot de la voiture et les jambes écartées, les constables palpent l'extérieur de ses vêtements. L'intimé est alors conduit au poste de police.

Suite à ces événements, se prévalant des dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, sur

1970, c. C-34, dealing with summary convictions, filed an information against each of the police officers for common assault, contrary to s. 245(b) of the *Criminal Code*.

The primary allegation made by the respondent in his pleading was that the arrest was illegal, since the police officers had no power to arrest him unless they had actual possession of the arrest warrant issued by the Municipal Court. The respondent also argued incidentally that the police officers were not authorized to search him. He contended that the arrest and the search constituted assaults within the meaning of the *Criminal Code*. However, in the course of events, the respondent's incidental submission became his principal argument.

Decisions of Quebec Courts

Summary Convictions Court

Judge Choquette dismissed the informations laid against each of the two constables. First, he found that the arrest was lawful in light of ss. 25 and 29 of the *Criminal Code*, even though the police did not have in their possession at the time of the search the arrest warrant issued by the Municipal Court. The judge further concluded that the Canadian law on the subject granted to the police officers the power to search a lawfully arrested person. He added that in the case at bar the constables had reasonable grounds to conduct the search and the force used was neither excessive nor disproportionate. Though it is not clear from the reasons of Judge Choquette, it appears that he relied on the common law, not s. 25 of the *Criminal Code*, in concluding that a defence existed against the information for assault.

Superior Court

Barrette-Joncas J., who heard the appeal brought by the respondent, dismissed it on the ground that the trial judge had committed no manifest error.

Court of Appeal

The Court of Appeal, which granted leave to appeal [TRANSLATION] "on questions of law only", in a majority judgment (Kaufman and

les déclarations sommaires de culpabilité, l'intimé dépose lui-même contre chacun des policiers une dénonciation pour voies de fait simples, contrairement à l'al. 245b) du *Code criminel*.

^a Dans ses procédures, l'intimé allègue principalement que l'arrestation est illégale. Selon lui, les policiers n'avaient pas le pouvoir de le mettre en état d'arrestation sans avoir en mains propres le mandat d'arrestation émis par la Cour municipale. L'intimé prétend également, mais de façon subsidiaire, que les policiers n'étaient pas autorisés à le fouiller. Il conclut que l'arrestation, la fouille, ou les deux ensemble, constituent des voies de fait au sens du *Code criminel*. En cours de route, toutefois, l'argument accessoire est devenu le principal moyen de l'intimé.

Décisions des tribunaux du Québec

^d *Cour des poursuites sommaires*

Le juge Choquette a rejeté les dénonciations portées contre chacun des deux constables. Il a d'abord conclu que l'arrestation était légale, eu égard aux art. 25 et 29 du *Code criminel*, même si les policiers n'avaient pas en leur possession le mandat d'arrestation émis par la Cour municipale. Le juge a en outre estimé que le pouvoir de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation existait en droit canadien. Il a ajouté qu'en l'espèce, les constables avaient des motifs raisonnables pour effectuer la fouille et que la force utilisée lors de la fouille n'était ni excessive ni disproportionnée. Quoique cela ne ressorte pas clairement des motifs du juge Choquette, il semble qu'il se soit inspiré de la common law, et non de l'art. 25 du *Code criminel*, pour conclure à une défense contre la dénonciation pour voies de fait.

Cour supérieure

Saisie de l'appel interjeté par l'intimé, le juge Barrette-Joncas a rejeté l'appel, au motif que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste.

Cour d'appel

La Cour d'appel, ayant accordé la permission d'en appeler «sur les questions de droit seulement», dans un jugement majoritaire (les juges Kaufman

McCarthy J.J.A.) allowed the appeal and entered a verdict of guilty on the informations laid against each of the police officers, Rothman J.A. dissenting: [1987] R.J.Q. 1479. However, the court ruled unanimously that the arrest was lawful and justified by s. 25 of the *Criminal Code*. It was divided on the question of whether the search was lawful, the majority concluding that in the circumstances the search was illegal and therefore constituted an assault. Kaufman J.A. was of the opinion that the police officers did not have the power to search the accused and that the search was a "technical assault" (p. 1481). McCarthy J.A. also expressed the view that s. 25 of the *Criminal Code* did not protect the constables against an information for assault in connection with the search (at pp. 1481-82):

[TRANSLATION] Although opinion is divided it seems to be generally accepted that there is no common law right to automatically search a person who has been arrested [Del Bueno, *Criminal Procedure in Canada* (1982), at p. 157, note 136]. The right only exists if the circumstances make such a search necessary to preserve evidence or to prevent escape or the commission of another offence by the person arrested. It is clear in the case at bar that the respondents could not rely on any of these grounds as reasonable or probable. Cloutier was arrested only because he had failed to pay a fine imposed "for a traffic offence".

In my view, s. 25 Cr. C. did not protect the respondents. Though the force they used in searching Cloutier was minimal, they were guilty of assault.

Rothman J.A. was of a different opinion. In his view, the police officers were justified in conducting the search. He also appears to have concluded that the legality of the search is a defence at common law against an information for assault. He wrote (at pp. 1484-85):

The reasonableness of a search made as an incident to a lawful arrest is, of course, a function of all the circumstances that existed at the time of the arrest. Often enough, these decisions must be made in difficult circumstances and with little time for reflection. For this reason, while police officers have no automatic right to conduct a personal search on making an arrest, I believe

et McCarthy), a accueilli l'appel et consigné un verdict de culpabilité sur les dénonciations portées contre chacun des policiers, le juge Rothman étant dissident: [1987] R.J.Q. 1479. La Cour a cependant jugé unanimement que l'arrestation était légale et justifiée par l'art. 25 du *Code criminel*. Elle s'est divisée sur la question de la légalité de la fouille, la majorité concluant qu'en l'espèce, la fouille était illégale et constituait des voies de fait. Le juge Kaufman a conclu à cet égard que les policiers n'avaient pas le pouvoir de fouiller le prévenu et que la fouille constituait techniquement des voies de fait (p. 1481). Le juge McCarthy a lui aussi exprimé l'opinion que l'art. 25 du *Code criminel* ne protégeait pas les constables contre la dénonciation pour voies de fait en rapport avec la fouille (aux pp. 1481 et 1482):

Bien que les avis soient partagés, il semble être généralement admis qu'il n'existe pas de droit de *common law* de fouiller automatiquement une personne qui a été arrêtée [Del Bueno, *Procédure pénale au Canada* (1983), à la p. 180, note 136]. Le droit n'existe que si les circonstances rendent telle fouille appropriée dans le but de conserver un élément de preuve, ou d'empêcher l'évasion ou une autre infraction de la part de la personne arrêtée. En l'occurrence, il est manifeste que les intimés ne pouvaient s'appuyer sur aucun de ces motifs comme raisonnable ou probable: Cloutier était arrêté uniquement parce qu'il avait négligé de payer une amende imposée «pour une infraction de la circulation».

À mon avis, l'article 25 C. Cr. ne protégeait pas les intimés. Même si la force qu'ils ont employée en fouillant Cloutier était minime, ils se sont rendus coupables d'assaut.

Le juge Rothman a été d'un avis différent. Selon lui, les policiers étaient justifiés dans les circonstances de procéder à la fouille. Il semble aussi avoir conclu que la légalité de la fouille constitue une défense de common law opposable à une dénonciation pour voies de fait. Il écrit (aux pp. 1484 et 1485):

[TRADUCTION] Le caractère raisonnable d'une fouille effectuée dans le cadre d'une arrestation légale dépend évidemment de toutes les circonstances qui existaient à ce moment-là. Bien souvent, ces décisions doivent être prises dans des circonstances difficiles et avec peu de temps de réflexion. Pour cette raison, bien que les agents de police n'aient pas automatiquement le droit de fouil-

they must be accorded some latitude in deciding whether or not it would be prudent to search and, if so, the nature of the search that should be done.

In my respectful opinion, the personal search conducted by the police officers may have been unnecessary but, in the circumstances, it was not unreasonable.

The Court of Appeal accordingly appears to have unanimously held that at common law, in Canada, the power to search a person lawfully arrested is not incidental to the arrest but requires the existence of reasonable grounds, which in turn depends on the circumstances of the particular case, circumstances which the majority and the dissenting judge interpreted differently. This Court granted leave to appeal in order to determine the existence and scope of the police power of search at the time of a lawful arrest.

Arguments

Besides the legality of the search, the parties raised two other Appeal issues, namely the jurisdiction of the Court of Appeal and costs.

Appellants

As to the legality of the search, the appellants contend that if the power to search is not expressly conferred by specific legislation such power has its origin in common law. The appellants submit that, at the time of arrest, the police may make a [TRANSLATION] "related or incidental" search of the individual, for safety reasons, in order to transport the person arrested or to preserve evidence, provided of course that the search is not wrongful in the circumstances.

So far as jurisdiction is concerned, the appellants argue that the legality of the search is a mixed question of law and fact. They submit that the Court of Appeal had undertaken a reassessment of the facts, though leave to appeal was granted on questions of law only, in accordance with s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*.

ler une personne lors d'une arrestation, je suis d'avis qu'ils doivent jouir d'une certaine latitude pour décider s'il est prudent d'effectuer la fouille et, dans l'affirmative, de la nature de la fouille qui doit être effectuée.

À mon humble avis, il est possible que la fouille effectuée par les agents de police n'ait pas été nécessaire mais, dans les circonstances, elle n'était pas déraisonnable.

La Cour d'appel semble donc unanime à conclure qu'au Canada, en vertu de la common law, le pouvoir de fouiller sommairement une personne légalement mise en état d'arrestation n'est pas accessoire à l'arrestation mais nécessite l'existence de motifs raisonnables qui dépendent des circonstances de l'espèce, circonstances que la majorité et le juge dissident ont appréciées différemment. Notre Cour a accordé la permission d'en appeler pour déterminer l'existence et l'étendue du pouvoir de fouille des policiers lors d'une arrestation légale.

Les arguments

Outre la légalité de la fouille, les parties ont soulevé deux autres points, soit la compétence de la Cour d'appel et les dépens.

Les appelants

En ce qui concerne la légalité de la fouille, les appelants soutiennent que si le pouvoir de fouiller n'est pas expressément conféré par une législation spécifique, il tire son origine de la common law. Selon eux, au moment de l'arrestation, les policiers peuvent procéder de façon «accessoire ou incidente» à la fouille de l'individu, en autant que cette fouille ne soit pas abusive compte tenu des circonstances de l'espèce, pour fins de sécurité lors de l'arrestation et du transport de la personne arrêtée, ainsi que de conservation des éléments de preuve.

En ce qui concerne la compétence, les appelants prétendent que la légalité de la fouille est une question mixte de droit et de fait. Ils reprochent à la Cour d'appel de s'être livrée à une nouvelle appréciation des faits alors que la permission d'en appeler n'a été accordée que sur les questions de droit, conformément à l'al. 771(1)a) du *Code criminel*.

Respondent

The respondent, who represented himself throughout the proceedings, did not file a brief in this Court and confined his oral argument to the legality of the search. He contended that the power to search is not automatic but instead depends upon the existence of reasonable grounds, especially in cases where the arrest is made in connection with a penal rather than criminal offence. In his view, the search seriously compromised his human integrity and dignity. He added that the search, which occurred in public, in the neighbourhood where he lives and practices his profession, had an adverse effect on his professional reputation.

In the event that the appeal is allowed however, the respondent asked not to be ordered to pay costs. He stated that he brought the action [TRANSLATION] “for the sake of human justice and freedom, not through any desire for vengeance or in bad faith”.

Neither of the parties pleaded s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Jurisdiction

I do not think that it is necessary to deal with this matter at any length. The respondent's principal argument was not that the search was wrongful in the circumstances, but rather that there was no legal basis for it. Precedent and scholarly opinion are not unanimous as to the basis of the power to search. According to one view, the power to carry out a search flows automatically from the arrest of an individual, while another view feels that the existence of reasonable grounds is a prerequisite. The resolution of this dispute is not dependent on the facts, since it concerns the exact scope of the legal rule, a rule essentially derived from a series of common law precedents. In this context, determining the legality of the search seems to me to be strictly a question of law within the meaning of s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*. The appellants' argument therefore fails.

L'intimé

L'intimé, qui s'est représenté lui-même tout au long des procédures, n'a pas produit de mémoire devant nous et il a plaidé uniquement sur la légalité de la fouille. Il prétend à cette enseigne que le pouvoir de fouiller n'est pas automatique mais dépend de l'existence de motifs raisonnables, particulièrement dans les cas où l'arrestation fait suite à une infraction pénale plutôt que criminelle. La fouille qu'il a subie constitue, à son avis, une grave violation de son intégrité et de sa dignité humaine. Il ajoute que la fouille, qui a eu lieu en public dans le quartier où il habite et exerce son métier, a eu un effet fort préjudiciable sur sa réputation professionnelle.

Si l'appel était toutefois accueilli, l'intimé demande de ne pas être condamné aux dépens. Il allègue qu'il a entamé les procédures «pour la cause de la justice et de la liberté humaine et non pas par souci de vengeance ou de mauvaise foi».

Ni l'une ni l'autre des parties n'invoque l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La compétence

Je ne crois pas qu'il faille s'attarder longuement sur cet aspect du litige. L'argument principal de l'intimé n'est pas que la fouille était abusive dans les circonstances, mais plutôt qu'elle était sans fondement légal. La jurisprudence et la doctrine ne sont pas unanimes quant au fondement du pouvoir de fouille. Selon une certaine interprétation, ce pouvoir d'effectuer une fouille procède automatiquement de la mise en état d'arrestation d'une personne, et selon une autre, l'existence de motifs raisonnables en constitue une condition préliminaire. La résolution de cette controverse n'est aucunement tributaire des faits car elle concerne la portée exacte de la règle de droit, règle qui se dégage pour l'essentiel d'une série de précédents de common law. Dans ce contexte, la détermination de la légalité de la fouille dans le présent appel m'apparaît être une pure question de droit au sens de l'al. 771(1)a) du *Code criminel*. Ce moyen des appelants doit donc être écarté.

Legality of Search

In the absence of any specific Canadian legislation, it is necessary to review the origin and evolution of the common law rule. It will also be instructive in my view to see how the rule, originally developed by the English courts, has been treated in the U.S., whose law is also derived from the common law and whose criminal procedure is, in many areas, similar to that applicable in Canada.

British Precedent and Academic Opinion

The first common law cases dealing with the right to “frisk” search a lawfully arrested person date from the last century, though it appears that the practice has a much longer history. In *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52 (Q.B.), an arrest warrant was issued against the defendant requiring him to explain to the court the reason for his failure to pay a fine which a court had ordered him to pay. Upon arresting the defendant under this warrant, the constable conducted a search. The court in analyzing the power to search observed (1 El. & Bl., at p. 492):

He was apprehended by the police force for the city of London, and, upon being put into custody, was searched; which, it was stated, was the invariable practice of the city police. Lord Campbell C.J., upon the motion for the rule mentioned in the text, very strongly reprobated the application of the practice to such a case.

Lord Campbell C.J. was not so much concerned with the existence of the power as he was with the decision of the police to search the accused on the facts of the case, and in this regard stated (17 J.P., at p. 52):

... I wish to take this opportunity of correcting a misapprehension as to what is my opinion with respect to the practice of searching persons who are charged with offences. At the conclusion of the trial of this case, I expressed my disapprobation of the manner in which the plaintiff had been searched when taken to the station house. I repeat the disapprobation which I then expressed, for there is no right in a case of this kind to inflict the indignity to which the plaintiff had been subjected. But I have been informed that an erroneous

La légalité de la fouille

En l'absence de législation spécifique en droit canadien, j'estime nécessaire de retracer l'origine de la règle en common law et son évolution jusqu'à nos jours. Il sera aussi instructif, à mon avis, de voir comment la règle, issue originellement des tribunaux d'Angleterre, a été reçue aux États-Unis, dont le droit est aussi tributaire de la common law et dont la procédure criminelle dans bien des domaines s'apparente à celle qui prévaut au Canada.

Jurisprudence et doctrine britanniques

Les premiers arrêts de common law qui s'intéressent au droit de fouiller sommairement une personne légalement arrêtée datent du siècle dernier, bien qu'il semble que la pratique ait eu cours depuis plus longtemps encore. Dans *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52 (Q.B.), un mandat d'arrêt avait été émis contre le défendeur pour qu'il vienne expliquer à la cour les motifs de son défaut de payer une amende qu'un tribunal l'avait condamné à payer. Lorsqu'il mit le défendeur en état d'arrestation en vertu du mandat, le constable procéda à une fouille ce qui a donné lieu à certaines remarques du tribunal (1 El. & Bl., à la p. 492):

[TRADUCTION] Il a été arrêté par la police de la ville de Londres et a été fouillé après avoir été mis en état d'arrestation; ce qui, a-t-on souligné, était la pratique courante de la police municipale. Le lord juge en chef Campbell a, à l'égard de la requête portant sur la règle mentionnée dans le texte, réprouvé avec force l'application de la pratique dans un tel cas.

Ce n'est pas tant l'existence du pouvoir que mettait en doute le lord juge en chef Campbell, mais uniquement la décision du policier de fouiller le prévenu dans les circonstances de l'espèce, comme il l'explique d'ailleurs lui-même (17 J.P., à la p. 52):

[TRADUCTION] ... je tiens à profiter de cette occasion pour corriger une mauvaise interprétation de mon opinion en ce qui a trait à la pratique de la fouille des inculpés. À la fin de l'audience en l'espèce, j'ai exprimé ma désapprobation à l'égard de la manière dont le demandeur a été fouillé lorsqu'il a été amené au poste de police. Je tiens à répéter la désapprobation que j'ai alors exprimée, car il n'est pas justifié dans une affaire de ce genre de porter une telle atteinte à la dignité du demandeur. Toutefois, j'ai été informé qu'une impression erro-

impression of what I said has gone abroad. It was supposed that I had said that there was no right in any one to search a prisoner at any time. I have not said so. It is often the duty of an officer to search a prisoner. If for instance, a man is taken in [for] the commission of a felony, he may be searched to see whether the stolen articles are in his possession, or whether he has any instruments of violence about him, and, in like manner, if he be taken on a charge of arson, he may be searched to see whether he has any fire-boxes or matches about his person It may be highly satisfactory, and indeed necessary that the prisoner should be searched. I have never said that searching a prisoner was always a forbidden act. What I said applied to circumstances such as existed in this case. [Emphasis added.]

Leigh v. Cole (1853), 6 Cox C.C. 329, concerned a civil action for unjustified arrest and assault brought against a police officer following the arrest of the plaintiff. The police officer arrested the plaintiff for disturbing the peace and then searched him and seized a tobacco-box and a piece of paper that were on his person. The court decided that the arrest was justified. In his charge to the jury Williams J. made the following comments on the search (at p. 332):

With respect to searching a prisoner, there is no doubt that a man when in custody may so conduct himself, by reason of violence of language or conduct, that a police officer may reasonably think it prudent and right to search him, in order to ascertain whether he has any weapon with which he might do mischief to the person or commit a breach of the peace; but at the same time it is quite wrong to suppose that any general rule can be applied to such a case. Even when a man is confined for being drunk and disorderly, it is not correct to say that he must submit to the degradation of being searched, as the searching of such a person must depend upon all the circumstances of the case. [Emphasis added.]

In Williams J.'s mind, the power to search a lawfully arrested person does not flow automatically from the fact of the arrest.

In another series of cases, it was held that police officers are authorized to seize from a lawfully arrested person evidence that can be used against that person. These cases are relevant in as much as the power to seize imports that of search.

née s'était dégageé de ce que j'avais dit. On a pensé que j'avais dit que personne, à aucun moment, n'avait le droit de fouiller un détenu. Ce n'est pas ce que j'ai dit. Un policier est souvent obligé de fouiller un détenu. Si par exemple, une personne est arrêtée parce qu'elle a commis une infraction majeure, on peut la fouiller pour voir si elle est en possession des objets volés ou si elle porte des instruments qui ont servi à la perpétration du crime; de même si elle est arrêtée sous une accusation de crime d'incendie, on peut la fouiller pour voir si elle porte un briquet ou des allumettes [. . .] Il peut être très souhaitable voire nécessaire que le détenu soit fouillé. Je n'ai jamais dit que la fouille d'un détenu était toujours un acte interdit. Ce que j'ai dit s'appliquait aux circonstances de l'espèce. [Je souligne.]

Dans *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, il s'agissait d'une action civile pour arrestation injustifiée et voies de fait intentées contre un policier suite à l'arrestation du demandeur. Le policier, ayant arrêté ce dernier pour avoir troublé la paix publique, a ensuite procédé à une fouille et a saisi une boîte de tabac et un morceau de papier qui se trouvaient sur lui. La cour a décidé que l'arrestation était justifiée. En ce qui concerne la fouille, dans son exposé au jury, le juge Williams a fait les commentaires suivants (à la p. 332):

[TRADUCTION] Quant au droit de fouiller un prisonnier, il arrivera sans doute qu'un détenu se conduise de façon telle, par son langage ou son comportement violent, qu'un agent de police pense raisonnablement qu'il est utile et juste de le fouiller afin de s'assurer qu'il ne porte pas d'arme avec laquelle il pourrait blesser une personne ou perturber l'ordre public; toutefois, il est tout à fait erroné de supposer qu'une règle générale peut s'appliquer à un tel cas. Même lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'elle est en état d'ébriété et se conduit mal, il n'est pas juste de dire qu'elle doit se soumettre à la déchéance d'être fouillée, étant donné que la fouille d'une telle personne doit dépendre de toutes les circonstances de l'espèce. [Je souligne.]

Dans l'esprit du juge Williams, le pouvoir de fouiller la personne légalement arrêtée ne semble pas être automatique.

Dans une autre série d'arrêts, on a jugé que les policiers sont autorisés à saisir sur une personne légalement mise en état d'arrestation les objets pouvant servir de preuve contre elle. Ces arrêts sont pertinents dans la mesure où le pouvoir de saisie emporte celui de fouiller.

R. v. Barnett (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198, and *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61, hold that police officers have no right to seize property from the arrested person unless it is connected with the charge against him. These cases implicitly recognize a right to seize property which may be used as evidence. This right was expressly acknowledged in the Irish case *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245 (Exch.), a civil action for unjustified arrest and seizure, trespass and assault (at p. 249):

I, therefore, think that it is clear, and beyond doubt, that, at least in cases of treason and felony, constables (and probably also private persons) are entitled, upon a lawful arrest by them of one charged with treason or felony, to take and detain property found in his possession which will form material evidence in his prosecution for that crime . . . [Emphasis added.]

In that case, the plaintiff was apprehended under an arrest warrant issued in connection with the commission of an offence punishable on summary conviction. Palles C.B., speaking for the court, dismissed the civil action and observed that the common law authorized the seizure of evidence in such a case. The judgment is silent however as to the requirement of grounds in order to seize the plaintiff's money and documents. It does not appear, at least at this stage in the evolution of the common law, that reasonable grounds had to exist. Rather, the opposite would appear from *Dillon v. O'Brien*.

The power of seizure was later affirmed by the British courts in *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420, at p. 423:

In this country I take it that it is undoubted law that it is within the power of, and is the duty of, constables to retain for use in Court things which may be evidences of crime, and which have come into the possession of the constables without wrong on their part.

Selon les arrêts *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563, *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269, *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198, et *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61, les policiers n'ont pas le droit de saisir des objets sur la personne arrêtée à moins que ceux-ci ne soient reliés à l'accusation contre cette personne. Ces arrêts reconnaissent implicitement le droit de saisir des objets pouvant servir de preuve, ce qui sera reconnu expressément dans l'affaire irlandaise *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245 (Exch.), une action civile pour arrestation et saisie injustifiées, *trespass* et assaut (à la p. 249):

[TRADUCTION] Par conséquent, je suis d'avis qu'il est évident et hors de tout doute que, du moins dans les cas de trahison et d'infraction majeure, les agents (et probablement aussi d'autres personnes) ont le droit, lorsqu'ils procèdent à l'arrestation légale d'une personne accusée de trahison ou d'une infraction majeure, de prendre et de garder des biens trouvés en sa possession qui constitueraient des éléments de preuve importante dans la poursuite de celle-ci à l'égard de ce crime . . . [Je souligne.]

Dans cette affaire, le demandeur avait été arrêté en vertu d'un mandat d'arrestation émis en rapport avec la commission d'une infraction punissable par voie de procédure sommaire. Le baron en chef Palles, qui a rejeté l'action civile au nom de la cour, a déclaré que la common law autorisait la saisie d'éléments de preuve dans un tel cas. L'arrêt est silencieux quant à la nécessité de motifs pour procéder à la saisie des pièces de monnaies et des documents du demandeur. Il ne semble pas, du moins à cette étape de l'évolution de la common law, qu'il doive exister des motifs raisonnables. C'est plutôt le contraire qui ressort de l'arrêt *Dillon v. O'Brien*.

Le pouvoir de saisie a par la suite été confirmé par les tribunaux britanniques, dans *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420, à la p. 423:

[TRADUCTION] Je considère que, dans ce pays, il est incontestable que les agents de police ont le pouvoir, et même l'obligation, de garder les objets qui peuvent, en cour, constituer la preuve d'une infraction et qui sont tombés en possession des agents de police sans que ces derniers aient commis de faute.

In *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164, constables who entered premises to arrest a suspect seized documents belonging to other persons. Although it was held that the scope of the right did not justify the particular seizure in this case, the power of search was upheld (at p. 169):

As to the right to search on arrest. This right seems to be clearly established by the footnote to *Bessell v. Wilson* in the report in the *Law Times*, where Lord Campbell clearly lays down that this right exists, but this right does not seem to me to authorize what was done in this case, namely, to seize and take away large quantities of documents and other property found on premises occupied by persons other than the person of whom the arrest was made.

In two recent cases the British courts again ruled on the power of police officers to seize property in the possession of a person lawfully in custody in circumstances where that property is likely to threaten the safety of either the prisoner or the police officers. In *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532, the court held that the seizure of a necklace and other jewellery owned by a woman charged with obstructing justice was unjustified, and in *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128, the seizure of the brassiere of a woman charged with disturbing the peace was also found to be illegal. Though the seizures in these judgments were found to be illegal, the power of search itself was not disputed. It was held that the interference with individual rights was disproportionate to the importance of the objective sought. These cases are exceptions that prove the rule. They confirmed and set limits on the power to search and seize in the context of a lawful arrest. In *Lindley*, Donaldson L.J. said the following on the power to search a lawfully arrested person (at pp. 134-35):

It is the duty of the courts to be ever zealous to protect the personal freedom, privacy and dignity of all who live in these islands. Any claim to be entitled to take action which infringes these rights is to be examined with great care. But such rights are not absolute. They have to be weighed against the rights and duties of police officers, acting on behalf of society as a whole. It is the duty of any constable who lawfully has a prisoner in his charge to take all reasonable measures to ensure

Dans *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164, des constables, entrés dans un local pour effectuer l'arrestation d'un suspect, ont saisi des documents appartenant à d'autres personnes. Le pouvoir de fouille a été confirmé, même si la portée du droit ne justifiait pas la saisie de ces documents (à la p. 169):

[TRADUCTION] En ce qui a trait au droit d'effectuer une fouille lors d'une arrestation. Ce droit semble être clairement établi par la note en bas de page de l'arrêt *Bessell v. Wilson* dans le *Law Times*, où lord Campbell exprime clairement l'existence de ce droit, toutefois, ce droit ne me semble pas autoriser ce qui a été fait en l'espèce, savoir, de saisir et de prendre de grandes quantités de documents et d'autres objets trouvés dans les locaux occupés par des personnes autres que la personne qui a été arrêtée.

Dans deux arrêts récents, les tribunaux britanniques se sont à nouveau prononcés sur le pouvoir des policiers de saisir des objets sur une personne légalement détenue au poste de police si ces objets sont susceptibles de menacer la sécurité du prisonnier ou des policiers. Dans *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532, on a déclaré que la saisie d'un collier et d'autres bijoux appartenant à la femme accusée d'obstruction à la justice était injustifiée, et dans *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128, la saisie du soutien-gorge d'une femme accusée de troubler la paix publique a été pareillement déclarée illégale. Même si dans ces décisions les saisies ont été déclarées illégales, le pouvoir de fouille n'a pas été mis en doute, mais on a jugé que la validité de l'objectif poursuivi était hors de proportion avec l'atteinte aux droits individuels. Ces arrêts confirment la règle par l'exception tout en fixant les limites du pouvoir de fouille et de saisie des personnes légalement arrêtées. Dans *Lindley*, le lord juge Donaldson se prononce comme suit sur le droit de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation (aux pp. 134 et 135):

[TRADUCTION] Les tribunaux sont toujours tenus d'être diligents pour protéger la liberté, la vie privée et la dignité de toutes les personnes qui vivent dans ces îles. Toute prétention au droit d'accomplir des actes qui portent atteinte à ces droits doit être examinée avec beaucoup de soin. Toutefois, ces droits ne sont pas absolus. Ils doivent être évalués par rapport aux droits et aux obligations des agents de police agissant pour le compte de la société dans son ensemble. L'agent qui

that the prisoner does not escape or assist others to do so, does not injure himself or others, does not destroy or dispose of evidence and does not commit further crime such as, for example, malicious damage to property. This list is not exhaustive, but it is sufficient for present purposes. What measures are reasonable in the discharge of this duty will depend upon the likelihood that the particular prisoner will do any of these things unless prevented. That in turn will involve the constable in considering the known or apparent disposition and sobriety of the prisoner. What can never be justified is the adoption of any particular measures without regard to all the circumstances of the particular case.

This is not to say there can be no standing instructions. Although there may always be special features in any individual case, the circumstances in which people are taken into custody are capable of being categorised and experience may show that certain measures, including searches, are prima facie reasonable and necessary in a particular category of case. The fruits of this experience may be passed on to officers in the form of standing instructions. But the officer having custody of the prisoner must always consider, and be allowed and encouraged to consider, whether the special circumstances of the particular case justify or demand a departure from the standard procedure either by omitting what would otherwise be done or by taking additional measures. So far as searches are concerned, he should appreciate that they involve an affront to the dignity and privacy of the individual. Furthermore, there are degrees of affront involved in such a search. Clearly going through someone's pockets or handbag is less an affront than a body search. In every case a police officer ordering a search or depriving a prisoner of property should have a very good reason for doing so. [Emphasis added.]

This case was recently affirmed: *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537 (Q.B.)

Under the common law as it has evolved in England, the existence of reasonable grounds does not appear to be a prerequisite to searching a lawfully arrested person. In *Lindley, supra*, the court could simply have found that the police officers lacked reasonable grounds, but instead, it

garde légalement une personne est tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour veiller à ce que le détenu ne s'évade pas ou n'aide pas d'autres personnes à le faire, ne se blesse lui-même ni ne blesse d'autres personnes, ne détruise ou ne fasse disparaître des éléments de preuve et ne commette pas d'autres crimes comme, par exemple, causer des dommages à des biens avec l'intention de nuire. Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle est suffisante pour les fins de l'espèce. Pour déterminer si une mesure est raisonnable pour respecter cette obligation il faudra tenir compte de la possibilité que le détenu accomplisse l'un de ces actes à moins qu'on ne l'empêche. En outre, cela obligera l'agent à tenir compte de l'état connu ou apparent du détenu et de sa sobriété. L'adoption de mesures particulières sans tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce ne peut jamais être justifiée.

Cela ne veut pas dire qu'il ne doit pas y avoir de directives permanentes. Bien qu'il puisse toujours y avoir des caractéristiques spéciales dans un cas particulier, les circonstances dans lesquelles les personnes sont arrêtées peuvent être classées en catégories et l'expérience peut démontrer que certaines mesures, y compris les fouilles, sont à première vue raisonnables et nécessaires dans une catégorie particulière d'affaires. Cette expérience peut être transmise à des agents sous forme de directives permanentes. Toutefois, l'agent qui a la garde d'un détenu doit toujours vérifier, et être autorisé et encouragé à vérifier, si les circonstances spécifiques de l'espèce justifient ou exigent un écart par rapport à la procédure normale soit, en omettant ce qui serait normalement fait, soit en prenant des mesures additionnelles. En ce qui a trait aux fouilles, il devrait examiner si elles comportent une atteinte à la dignité et à la vie privée de la personne. En outre, une telle fouille comporte certains degrés d'atteinte. De toute évidence, la fouille des poches ou du sac à main d'une personne est une moins grande atteinte qu'une fouille corporelle. Dans tous les cas, un agent de police qui ordonne une fouille ou qui prive un détenu d'un bien devrait avoir une très bonne raison pour le faire. [Je souligne.]

Cet arrêt a récemment été confirmé: *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537 (Q.B.)

En vertu de la common law telle qu'elle a évolué en Angleterre, l'existence de motifs raisonnables de procéder à une fouille ou à une saisie ne semble pas être une condition préalable à la fouille de la personne légalement mise en état d'arrestation. Dans *Lindley*, précité, même si la cour pouvait se

left the door open to a wider “justification” for searches (at p. 135):

... a search would have been justified if, bearing in mind the defendant’s condition, including her reaction to being in custody, W.P.C. Fry or the station officer had had any reason for thinking that the defendant might have some object on her with which she might accidentally or intentionally injure herself or others.

The forcible removal of her brassiere was understandably regarded by the defendant as peculiarly offensive. Such conduct would require considerable justification . . . [T]here would have had to have been some evidence that young female drunks in general were liable to injure themselves with their brassieres or that the defendant had shown a peculiar disposition to do so. It would obviously be a justification if the defendant had by words or conduct threatened to do so. But that is not this case. [Emphasis added.]

The “some evidence” standard applied by Donaldson L.J. is a considerably different threshold than that of “reasonable grounds”. This is significant in view of the seriousness of the invasion of human dignity which occurred in *Lindley*, as compared to the “frisk” search which occurred in the case before us.

This line of authority has been the subject of considerable scholarly comment. To a large degree it appears to be recognized that the common law authorizes the incidental search of a lawfully arrested person. Opinions differ mainly as to the extent of this power. L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), at p. 50, writes:

A constable has a common law power to search a person on arrest and to take into custody articles in possession of the prisoner which the constable believes to be connected with the offence charged, or which may be used in evidence against him, or which may give a clue to the commission of the crime or the identification of the criminal, or any weapon or implement which might enable the prisoner to commit an act of violence or effect his escape.

limiter à reprocher aux policiers l’absence de motifs raisonnables, qui n’existaient pas en l’espèce, elle a laissé la porte ouverte à une «justification» beaucoup plus large pour la fouille (à la p. 135):

[TRADUCTION] . . . une fouille aurait été justifiée si, compte tenu de l’état de la défenderesse, y compris sa réaction au fait d’être détenue, W.P.C. Fry ou l’agent du poste avait une raison quelconque de croire que la défenderesse aurait pu porter un objet avec lequel elle aurait pu accidentellement ou intentionnellement se blesser ou blesser d’autres personnes.

La défenderesse pouvait à juste titre considérer que le fait de lui avoir enlevé son soutien-gorge par la force était particulièrement choquant. Une telle conduite devrait faire l’objet d’une justification solide. [. . .] [I]l aurait dû y avoir certaines éléments de preuve selon lesquels les jeunes femmes en état d’ébriété sont généralement portées à se blesser avec leur soutien-gorge ou que la défenderesse avait démontré une disposition particulière à cet égard. L’acte aurait de toute évidence été justifié si la défenderesse avait verbalement ou par sa conduite menacé de le faire. Mais ce n’est pas le cas. [Je souligne.]

Ce critère retenu par le lord juge Donaldson (le critère d’une «certaine preuve») se démarque considérablement du critère du «motif raisonnable», ce qui est significatif, vu la gravité de l’atteinte à la dignité humaine qui, dans *Lindley*, était sensiblement plus important que dans le cas d’une fouille sommaire.

Cette jurisprudence a fait l’objet de nombreux commentaires en doctrine. Dans une très large mesure, on semble reconnaître que la common law autorise de façon accessoire la fouille d’une personne légalement mise en état d’arrestation. Les différences d’opinions portent principalement sur l’étendue de ce pouvoir. L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), à la p. 50, écrit:

[TRADUCTION] En vertu de la common law, un agent a le pouvoir de fouiller une personne lors de son arrestation et de garder les objets en possession du détenu que l’agent croit liés à l’infraction reprochée ou qui peuvent être utilisés à titre d’éléments de preuve contre elle ou qui peuvent fournir un indice sur la perpétration du crime ou l’identification du criminel, ou toute arme ou objet qui pourrait lui permettre de commettre un acte violent ou de s’enfuir.

C. Hampton, *Criminal Procedure* (3rd ed. 1982), at p. 41, essentially shares this view:

The police have further powers at common law. Firstly, they may search a person who has been lawfully arrested and they may take and keep any property found in his possession which may form material evidence of the offence for which he is arrested or of any other serious offence which they reasonably believe he has committed.

St John A. Robilliard and J. McEwan, *Police Powers and the Individual* (1986), at pp. 133-34, for their part, expressed the view that:

At common law it has long been recognised that the arrest of a suspect may justify searching him and his immediate vicinity, although originally a search had to be justifiable according to the overall circumstances; viz., the search of an arsonist for matches was justified, as was the search of a person arrested for acting in a disorderly way in order to ascertain whether he had on him a weapon which could be used to harm himself or another. However, as the twentieth century progressed this has become seen as a general right to search on arrest. [Emphasis added.]

See also the discussion by D. Feldman, *The Law Relating to Entry, Search and Seizure* (1986), at pp. 227-48.

The scope of the common law rule has lost much of its importance in England since the adoption of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60. In particular, s. 32 authorizes the search of a lawfully arrested person if "the constable has reasonable grounds for believing that the arrested person may present a danger to himself or others" (s. 32(1)) or reasonable grounds for believing that the person has anything on him which he might use to escape or which might be evidence (s. 32(1) and (5)).

U.S. Case Law and Scholarly Opinion

The appellants based their argument in part on the U.S. rule, which reached its zenith in *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), and *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973). In the United States the power to search is recognized as

C. Hampton, *Criminal Procedure* (3^e éd. 1982), à la p. 41, partage en substance cette opinion:

[TRADUCTION] La common law confère d'autres pouvoirs à la police. Premièrement, les policiers peuvent fouiller une personne qui a légalement été arrêtée et peuvent prendre et conserver tous les objets trouvés en sa possession qui sont susceptibles d'offrir une preuve de l'infraction pour laquelle elle est arrêtée ou de toute autre infraction grave qu'ils croient raisonnablement qu'elle a commise.

Pour leur part, St John A. Robilliard et J. McEwan, *Police Powers and the Individual* (1986), aux pp. 133 et 134, expriment l'avis que:

[TRADUCTION] La common law a depuis longtemps reconnu que l'arrestation d'un suspect peut justifier qu'il soit fouillé ainsi que les environs immédiats, bien que, initialement, une fouille ait dû être justifiable selon les circonstances générales; par exemple, la fouille d'un incendiaire pour trouver des allumettes était justifiée ainsi que la fouille d'une personne arrêtée pour avoir troublé l'ordre public pour vérifier si elle portait une arme susceptible d'être utilisée pour se blesser ou blesser d'autres personnes. Toutefois, au cours du vingtième siècle cette justification a été considérée comme un droit général d'effectuer une fouille lors d'une arrestation. [Je souligne.]

Voir aussi la discussion de D. Feldman, *The Law Relating to Entry, Search and Seizure* (1986), aux pp. 227 à 248.

La portée de la règle de common law a perdu beaucoup de son importance en Angleterre depuis l'adoption de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60. En particulier, l'art. 32 autorise la fouille d'une personne légalement mise en état d'arrestation si [TRADUCTION] «le constable a des motifs raisonnables de croire que la personne arrêtée présente un danger pour elle-même ou pour les autres» (par. 32(1)) ou des motifs raisonnables de croire que la personne a sur elle des objets pouvant l'aider à s'échapper ou pouvant servir de preuve (par. 32(2) et (5)).

Jurisprudence et doctrine américaines

Les appelants fondent leur argumentation en partie sur la règle américaine, dont l'évolution a connu son apogée dans *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), et *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973). Aux États-Unis, la fouille acces-

being incidental to arrest and the police are not required to have reasonable grounds for searching a lawfully arrested person.

In *Robinson*, the police arrested the accused for driving without a licence, searched his clothing and found a quantity of heroin on him. A majority of the judges of the Supreme Court held that this search did not contravene the Fourth Amendment to the Constitution. The court had to decide whether the police had the power to conduct such a search. The court exhaustively reviewed the U.S. precedents and concluded that since the decision in *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), it has been recognized that the search of a lawfully arrested person is incident to arrest. Two older cases, *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848), and *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867), in the view of the majority, illustrated that this power of search was well rooted in the U.S. legal tradition. In *Robinson* the majority left no doubt as to their view that a search is incident to arrest and does not have to be justified each time a police officer makes an arrest (at p. 235):

The authority to search the person incident to a lawful custodial arrest, while based upon the need to disarm and to discover evidence, does not depend on what a court may later decide was the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would in fact be found upon the person of the suspect. A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment; that intrusion being lawful, a search incident to the arrest requires no additional justification. It is the fact of the lawful arrest which establishes the authority to search, and we hold that in the case of a lawful custodial arrest a full search of the person is not only an exception to the warrant requirement under the Fourth Amendment, but is also a "reasonable" search under that Amendment. [Emphasis added.]

Similarly, in *Gustafson* the majority clearly established that it was not necessary for the police

soire à l'arrestation est bien reconnue et les policiers ne sont pas requis d'avoir des motifs raisonnables pour procéder à la fouille de la personne légalement mise en état d'arrestation.

^a Dans *Robinson*, suite à une arrestation légale pour conduite d'une automobile sans permis, les policiers ont fouillé les vêtements du prévenu et y ont trouvé une certaine quantité d'héroïne. Une ^b majorité des juges de la Cour suprême a décidé que cette fouille ne contrevenait pas au Quatrième amendement de la Constitution. Dans leur analyse, les juges ont eu à se prononcer sur la question de savoir si les policiers avaient le pouvoir de procéder ^c à une telle fouille. Ils ont revu de façon exhaustive la jurisprudence américaine pour conclure que depuis *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), la Cour suprême reconnaît la fouille de la ^d personne légalement arrêtée comme un accessoire de l'arrestation. Deux anciens arrêts, *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848), et *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867), illustrent, selon la majorité, que ce pouvoir de fouille est bien ancré dans la ^e tradition juridique américaine. Dans *Robinson*, les juges de la majorité ne laissent aucun doute quant à leur opinion que la fouille est un accessoire de l'arrestation et n'a pas à être justifiée chaque fois qu'un policier procède à une arrestation (à la ^f p. 235):

[TRADUCTION] Le pouvoir de fouiller une personne accessoirement à une arrestation légitime, bien que fondé sur le besoin de chercher des armes et des éléments de preuve, ne dépend pas de la décision subsé- ^g quente d'un tribunal relativement à la probabilité que lors d'une arrestation en particulier, des armes ou des éléments de preuve puissent en fait être trouvés sur la personne du suspect. L'arrestation d'un suspect fondée sur des motifs probables constitue une atteinte raisonnable selon le Quatrième amendement; cette intrusion étant légitime, une fouille accessoire à l'arrestation n'exige aucune justification supplémentaire. Le pouvoir de fouiller est fondé sur l'arrestation légitime et nous sommes d'avis que, dans le cas d'une arrestation légitime, la fouille complète d'une personne ne constitue pas ^h seulement une exception à l'exigence relative au mandat aux termes du Quatrième amendement, mais constitue également une fouille «raisonnable» aux termes de cet amendement. [Je souligne.] ⁱ

^j De même, dans *Gustafson*, les juges de la majorité ont clairement établi qu'il n'était pas néces-

to believe on reasonable grounds that their safety was threatened prior to searching the person arrested for weapons.

These two cases were subsequently followed by the Supreme Court in *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979), at p. 35, and in *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), at p. 461.

The conclusions that emerge from this line of authority have been commented on and accepted in scholarly analysis recognizing that a power of search exists as an incident of arrest: *Wharton's Criminal Procedure* (12th ed. 1974), vol. 1, No. 180, at pp. 363-73, and C. H. Whitebread, *Criminal Procedure* (1980), at p. 133. The only controversy in the U.S. concerns the extent of this power: W. R. LaFave, *Search and Seizure* (2nd ed. 1987), vol. 2, No. 5.2.

However, U.S. law is of limited assistance since Canadian public law is derived primarily from British common law, which, in the absence of specific legislation or modification by our courts, continues to be relevant.

Having completed this review of relevant British and American authorities I now turn to the law as it has been recognized and developed in Canada.

Canadian Case Law and Scholarly Opinion

Canadian courts have sometimes thought it useful to consider the U.S. rule in their analysis of the power to search a lawfully arrested person: *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499 (Alta. S.C., App. Div.); *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (Alta. S.C., App. Div.); *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230 and *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.) However, the Canadian courts have more often turned to British common law in this area.

Leigh v. Cole, *supra*, was considered in Canada for the first time in *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315. Though dissenting on another point,

saire pour les policiers d'avoir des motifs de croire que leur sécurité était menacée avant de procéder à une fouille pour découvrir la présence d'armes sur la personne arrêtée.

^a Ces deux arrêts ont subséquemment été suivis par la Cour suprême dans *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979), à la p. 35, ainsi que dans *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), à la p. 461.

^b Les conclusions qui se dégagent de cette jurisprudence ont été commentées par la doctrine qui reconnaît l'existence du pouvoir de fouille en tant qu'accessoire de l'arrestation: *Wharton's Criminal Procedure* (12^e éd. 1974), vol. 1, n^o 180, aux pp. 363 à 373, et C. H. Whitebread, *Criminal Procedure* (1980), à la p. 133. La controverse, aux États-Unis, porte uniquement sur la question de savoir jusqu'où ce pouvoir s'étend: W. R. LaFave, *Search and Seizure* (2^e éd. 1987), vol. 2, n^o 5.2.

^c Le droit américain ne peut toutefois qu'apporter l'éclairage du droit comparé, le droit public au Canada ressortissant principalement de la common law d'Angleterre, qui continue d'être pertinente en l'absence de législation spécifique et dans la mesure où elle n'est pas contraire aux principes développés par nos propres tribunaux.

^d Ce tour d'horizon complété, je passe maintenant à l'étude de la règle telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada.

Jurisprudence et doctrine canadiennes

^e Les tribunaux canadiens ont parfois jugé opportun de considérer la règle américaine dans leur analyse du pouvoir de fouille d'une personne légalement mise en état d'arrestation: *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499 (C.S. Alb., Div. app.); *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (C.S. Alb., Div. app.); *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230 et *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.) Mais, de façon plus constante, c'est ^f vers la common law britannique que les tribunaux canadiens se sont tournés en cette matière.

^g Les principes énoncés dans *Leigh v. Cole*, précité, ont été examinés pour la première fois au Canada dans *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315 où le juge MacLennan, dissident mais non sur ce point, a noté, à propos de cet arrêt:

MacLennan J.A. noted about *Leigh* that "there can be no question of its correctness" (p. 327).

The British case *Leigh v. Cole* was again applied in Canadian case law in *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (Man. K.B.) which stated (at p. 181): "It is well established that when a prisoner is in custody the right to search his person exists". In *Yakimishyn*, a prisoner was searched when he arrived at the penitentiary and his money was seized. The court held that a creditor of the prisoner had no right to the money. I note here that in *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221 (B.C.S.C.), the principles put forward in *Yakimishyn* were approved.

The power to search received additional support in *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.), a case involving the prosecution of a police officer for assault. The accused was arrested for the possession of narcotics. When the police officer tried to search inside his mouth he resisted and hit the officer. Robertson C.J. wrote (at p. 101):

It is important to observe that the search that was made is justifiable as an incident of the arrest. The constable who makes an arrest has important duties, such as to see that the prisoner does not escape by reason of being armed, and to see if any evidence of the offence for which he was arrested is to be found upon him. A constable may not always find his suspicions to be justified by the result of a search. It is sufficient if the circumstances are such as to justify the search as a reasonable precaution. [Emphasis added.]

These comments are all the more forceful as they were made in connection with a considerably more intensive search than that conducted in the case at bar.

The legality of a search at the time of an arrest was again the subject of a judgment in *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357 (Que. S.C.) Hugessen J. noted that the power to search could not be extended so as to authorize surgery several months after the arrest to obtain a bullet lodged in the body of the arrested person. On the other hand, in *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.), it was held that, in the

[TRANSDUCTION] «on ne peut douter qu'il est bien fondé» (p. 327).

L'arrêt britannique *Leigh v. Cole* est de nouveau repris dans la jurisprudence canadienne dans *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (B.R. Man.) où l'on peut lire (à la p. 181): [TRANSDUCTION] «Il est bien établi que quand un détenu est en état d'arrestation on a le droit de le fouiller». Dans *Yakimishyn*, un prisonnier avait été fouillé lors de son arrivée au pénitencier et on avait saisi son argent. La cour a décidé qu'un créancier du prisonnier n'avait pas de droit sur cet argent. Je note ici que dans *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.), les principes mis de l'avant dans *Yakimishyn*, ont été approuvés.

Le pouvoir de fouille a reçu une consécration additionnelle dans *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.), une poursuite pour voies de fait intentées contre un policier. L'accusé avait été arrêté pour possession de stupéfiants. Lorsque le policier tenta de fouiller l'intérieur de sa bouche il résista et frappa l'agent. Le juge en chef Robertson écrit (à la p. 101):

[TRANSDUCTION] Il est important de souligner que la fouille qui a été effectuée est justifiable en ce qu'elle était accessoire à l'arrestation. L'agent qui effectue l'arrestation a des obligations importantes, comme celles de veiller à ce que le détenu ne s'échappe pas parce qu'il est armé et de voir si on peut trouver sur lui un élément de preuve de l'infraction pour laquelle il a été arrêté. Les soupçons d'un agent ne sont pas toujours justifiés par les résultats d'une fouille. Il suffit que les circonstances puissent justifier la fouille comme une précaution raisonnable. [Je souligne.]

Ces commentaires ont d'autant plus de portée qu'ils ont été faits dans le contexte d'une fouille considérablement plus sérieuse qu'une simple fouille sommaire des vêtements.

La légalité de la fouille accessoire à l'arrestation a de nouveau fait l'objet d'une décision dans *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357 (C.S. Qué.), où le juge Hugessen a toutefois noté que le pouvoir de fouille ne s'étendait pas jusqu'à autoriser, plusieurs mois après l'arrestation, une intervention chirurgicale pour saisir une balle logée dans le corps de la personne arrêtée. Dans *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342

circumstances, the right of search authorized a rectal search of the accused.

In *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), Martin J.A. speaking for the court summarized the Canadian law on this point as follows (at p. 110):

At common law there is no power to search premises without a warrant (or with a warrant except for stolen goods) save as incident to lawful arrest. After making a lawful arrest, an officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or which may be used as evidence against the person arrested on the charge, or any weapon or instrument that might enable the arrested person to commit an act of violence or effect his escape The power to search the person of the arrestee has generally been considered to extend to the premises where he is arrested and which are under his control Thus, where a person has been arrested in his house, it seems that his house may be searched for evidence of the crime with which he is charged [Emphasis added — references omitted.]

Though that case involved the power to search the premises where the arrest was made, which is not the case here, these comments are relevant in so far as they discuss the existence of the right to search a lawfully arrested person.

The power to search has also been recognized in *R. v. Rousseau*, [1985] R.L. 108 (S.P.) In *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1, the Alberta Court of Appeal extended this right to cover arrests carried out by ordinary citizens. In *Morrison, supra*, a woman was arrested for theft, and when she arrived at the police station she was asked to remove her clothing so that a search could be made. As she was removing her clothing a quantity of narcotics fell out, which resulted in a charge of possession. The police argued that the strip search was necessary to locate all the money reported as stolen. Dubin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, wrote (at p. 232):

(C.S. Alb.), par contre, il a été décidé que le droit de fouille autorisait dans les circonstances une fouille rectale du prévenu.

Dans *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), le juge Martin, rendant les motifs de la cour, a résumé l'état du droit canadien en ces termes (à la p. 110):

[TRANSDUCTION] En common law, il n'y a pas de pouvoir de perquisitionner des locaux sans mandat (ou avec un mandat sauf pour des biens volés) sauf accessoirement à une arrestation légitime. Après avoir effectué une arrestation légitime, un agent a le droit de fouiller le détenu et de lui enlever tout objet qu'il croit raisonnablement relié à l'infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d'élément de preuve contre le détenu relativement à l'accusation, ou tout instrument ou arme susceptible de permettre au détenu de commettre un acte violent ou de s'évader [. . .] Le pouvoir de fouiller la personne du détenu a généralement été considéré comme s'étendant aux locaux où il a été arrêté et qui sont sous sa garde [. . .] par conséquent, lorsqu'une personne a été arrêtée dans sa maison, il semble que sa maison puisse être fouillée pour trouver des éléments de preuve du crime qui lui est reproché . . . [Je souligne; références omises.]

Même si dans cette affaire il s'agissait du pouvoir de fouiller les lieux où s'est effectuée l'arrestation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, ces propos sont pertinents dans la mesure où ils discutent de l'existence du droit de fouiller la personne légalement arrêtée.

Le pouvoir de fouille a par ailleurs été reconnu dans *R. c. Rousseau*, [1985] R.L. 108 (C.S.P.) Dans *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1, la Cour d'appel de l'Alberta a étendu ce droit aux arrestations effectuées par de simples citoyens. Dans *Morrison*, précité, une femme avait été arrêtée pour vol et, une fois arrivée au poste de police, l'on demanda à la prévenue de retirer ses vêtements pour procéder à une fouille. En enlevant ses vêtements, une certaine quantité de stupéfiants s'est échappée, ce qui entraîna une accusation de possession. Les policiers invoquaient la nécessité de la fouille à nu pour trouver tout l'argent qu'on avait rapporté comme étant volé. Le juge Dubin, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, écrit (à la p. 232):

At common law, as incident to a lawful arrest, an officer has the right to search the person arrested. The proposition is an old one and has never been seriously challenged.

With respect, the right of a peace officer to search the person under arrest with a view of determining whether that person has on his or her person any property which may be connected to the offence charged or any weapon is not dependent upon his belief that the person arrested has in fact such property or weapons on his or her person. [Emphasis added.]

And at p. 233:

As incident to a lawful arrest, a peace officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or may be used as evidence against the person arrested, or any weapon or instrument found upon the person arrested, but he need not have reasonable grounds to believe that either such weapons or evidence will be found. It is the fact that the search of the person is made as incident to a lawful arrest which gives the peace officer the authority to search the person arrested. [Emphasis added.]

Morrison rejected in the clearest possible terms the theory that reasonable grounds are a prerequisite to the existence of the power to search a lawfully arrested person. This case was recently applied by the Ontario Court of Appeal in *Miller*, *supra*.

To conclude this review of Canadian case law, two recent judgments of this Court have discussed in *obiter* the power of search. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-4, La Forest J. alluded to the power to fingerprint a lawfully arrested person:

It should be observed that the common law permitted a number of other, in my view more serious, intrusions on the dignity of an individual or persons in custody in the interest of law enforcement. As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In

[TRANSDUCTION] En common law, accessoirement à une arrestation légitime, un agent a le droit de fouiller le détenu. La proposition est ancienne et n'a jamais été sérieusement contestée.

Avec égards, le droit d'un agent de fouiller un détenu pour déterminer s'il porte un objet qui peut être relié à l'infraction reprochée ou une arme ne dépend pas du fait qu'il croit que le détenu porte sur lui un tel objet ou une arme. [Je souligne.]

Et à la p. 233:

[TRANSDUCTION] Accessoirement à une arrestation légitime, un agent de la paix a le droit de fouiller la personne en état d'arrestation et de lui enlever tout bien qu'il croit raisonnablement relié à l'infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d'élément de preuve contre le détenu, ou tout instrument ou arme trouvé sur lui, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait des motifs raisonnables de croire qu'il trouvera ces armes ou ces éléments de preuve. C'est le fait que la fouille de la personne est accessoire à l'arrestation légitime qui donne à l'agent de la paix le pouvoir de fouiller le détenu. [Je souligne.]

Morrison rejette on ne peut plus clairement la théorie selon laquelle des motifs raisonnables seraient une condition préalable à l'existence du pouvoir de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation. Cet arrêt a récemment été repris par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Miller*, précité.

Pour terminer ce survol de la jurisprudence canadienne sur le sujet, deux arrêts récents de notre Cour ont discuté, en *obiter*, du même pouvoir de fouille. Dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 et 404, le juge La Forest discute du pouvoir de prendre les empreintes digitales d'une personne légalement arrêtée:

Il faut souligner que la *common law* autorise plusieurs autres atteintes, à mon avis beaucoup plus graves, à la dignité de l'individu ou des personnes sous garde dans l'intérêt de l'application de la loi. Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des

the course of custodial arrest an accused may be stripped.

Also, in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, Lamer J. assumed that “[t]he right to search incident to arrest derives from the fact of arrest or detention of the person” (p. 1146).

Turning to consider writings in the area, P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), simply indicate that “[a]t common law, one may, during a legal arrest, seize the product of the crime or anything that may serve as evidence. The person being arrested may also be searched for evidence” (p. 200). B. P. Archibald, “The Law of Arrest”, in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), for his part, writes (at pp. 157-58):

It is generally accepted that there is no common law right to search automatically a person who has been arrested and the *Criminal Code* makes no mention of such authority. On the other hand, the common law has consistently allowed searches of the person incident to arrest where the arresting person has reasonable grounds to believe that the suspect may have concealed upon his person articles which may afford evidence with respect to an offence, weapons, or other objects which may enable the suspect to commit acts of violence or effect an escape.

This view is difficult to reconcile with the precedents discussed earlier. Though they recognize limits on the power to search, Canadian courts do not generally require the existence of reasonable grounds as a prerequisite to the exercise of this power. Moreover, as L. Paikin notes, “The Standard of “Reasonableness” in the Law of Search and Seizure”, in *Criminal Procedure in Canada*, op. cit., at p. 111:

Canadian jurisprudence, while citing and adhering in principle to English authorities, has been deferential in practice to police interests in this regard. No modern reported Canadian case has invalidated a search performed incidental to arrest, although in one instance the attempted seizure of a prisoner’s property unconnected to the offence has been held to be wrongful.

preuves. En détention, après l’arrestation, le prévenu peut être déshabillé.

Aussi, dans *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, le juge Lamer prend pour acquis que «[l]e droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle du fait de l’arrestation ou de la détention de la personne» (p. 1146).

Si on regarde du côté de la doctrine, P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), t. 1, se bornent à indiquer que la «jurisprudence a [. . .] décidé qu’on peut, lors d’une arrestation légale, fouiller une personne et saisir tout objet qu’elle porte sur elle et qui est de nature à servir de preuve de la commission de l’infraction» (p. 187). B. P. Archibald, «Le droit relatif à l’arrestation», dans V. M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada* (1983), pour sa part, écrit (aux pp. 180 et 181):

Il est généralement admis qu’il n’existe pas de droit de common law de fouiller automatiquement une personne qui a été arrêtée et le *Code criminel* ne mentionne pas un tel pouvoir. D’autre part, la common law a permis de façon constante la fouille de la personne lors de l’arrestation si la personne l’effectuant avait des motifs raisonnables de croire que le suspect pouvait avoir caché sur sa personne des objets susceptibles d’offrir une preuve de l’infraction, des armes, ou d’autres objets qui pourraient lui permettre de commettre des actes de violence ou de s’enfuir.

Cette opinion se concilie difficilement avec la jurisprudence discutée précédemment car, même s’ils reconnaissent les limites du pouvoir de fouiller, les tribunaux canadiens ne retiennent pas dans l’ensemble le prérequis de motifs raisonnables pour l’exercice de ce pouvoir. D’ailleurs, comme le note L. Paikin, «La norme du «caractère raisonnable» dans le droit de la perquisition et de la saisie», dans *Procédure pénale au Canada*, op. cit., à la p. 127:

La jurisprudence canadienne, tout en citant la jurisprudence anglaise et en l’approuvant en principe, s’est montrée en pratique respectueuse des intérêts de la police. Aucune décision canadienne moderne publiée n’a annulé une fouille faite à l’occasion d’une arrestation, bien que, dans un cas, la tentative de saisir la propriété du prisonnier qui n’avait pas de rapport avec l’infraction a été considérée comme irrégulière.

For his part, W. McCalla, *Search and Seizure in Canada* (1984), at pp. 128-29, notes:

The power to search incidental to arrest is firmly established at common law. It was never based on any express or specific authority other than the view that the power was a natural or assumed adjunct to the officer's control over the suspect. This has been attributed in part to the traditional tolerance of intrusive acts upon the person of an arrested individual.

In both Anglo-Canadian and American jurisdictions, the power to search incidental to arrest is the largest exception to traditional warrant requirements, whether imposed constitutionally, or as a matter of judicial or legislative reference. The most important justification for the power is the need to prevent suspects from destroying evidence, committing violence, or attempting to escape. Nevertheless, it is not always clear that courts do not see the power as an automatic right following arrest, or rather one that is only justified by additional circumstances. [Emphasis added.]

Finally, according to Hon. R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation* (3rd ed. 1986), at pp. 60-61:

Nor is there recognized under Canadian law or the common law of England the right to search automatically someone who has been arrested. The right to search someone is permitted only as an incident to an arrest. The purpose must be to locate further evidence relating to the charge upon which he has been arrested or to locate any item which might assist the accused to escape from custody (such as a gun or a knife) or permit him to cause any violence

In other words, the police have no right to search a person merely because that person has been arrested for a criminal offence. The search must have a purpose and such purpose must be founded upon a belief based on reasonable and probable grounds.

In general, despite certain comments in scholarly discussion, it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or

Pour sa part, W. McCalla, *Search and Seizure in Canada* (1984), aux pp. 128 et 129, constate:

[TRADUCTION] Le pouvoir d'effectuer une fouille qui est accessoire à l'arrestation est fermement établi en common law. Il n'a jamais été fondé sur un pouvoir exprès ou précis autre que l'opinion selon laquelle le pouvoir était un accessoire naturel ou présumé du contrôle de l'agent sur le suspect. Il découle en partie de la tolérance traditionnelle à l'égard des actes portant d'atteinte à la personne d'un détenu.

En droit anglo-canadien et américain, le pouvoir de procéder à une fouille qui est accessoire à l'arrestation constitue la plus grande exception aux exigences traditionnelles en matière de mandat, qu'il soit imposé par la Constitution ou qu'il découle d'un renvoi judiciaire ou législatif. Le fait que ce pouvoir est nécessaire pour empêcher les suspects de détruire des éléments de preuve, de commettre des actes de violence ou de tenter de s'évader constitue la plus importante justification. Néanmoins, il n'est pas toujours évident que les tribunaux ne considèrent pas le pouvoir comme un droit automatique qui suit l'arrestation ou plutôt comme s'il était seulement justifié par des circonstances supplémentaires. [Je souligne.]

Enfinement, selon l'hon. R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation* (3^e éd. 1986), aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Le droit de fouiller automatiquement une personne en état d'arrestation n'a pas non plus été reconnu par le droit canadien ou par la common law d'Angleterre. Le droit de fouiller quelqu'un n'est permis qu'accessoirement à une arrestation. La fouille doit avoir pour but de trouver d'autres éléments de preuve relatifs à l'accusation en vertu de laquelle il a été arrêté ou de trouver un objet qui pourrait permettre à l'accusé de s'évader (comme un pistolet ou un couteau) ou lui permettre d'accomplir un acte violent

En d'autres termes, la police n'a pas le droit de fouiller une personne simplement parce qu'elle a été arrêtée pour une infraction criminelle. La fouille doit avoir un but et ce but doit être fondé sur des motifs raisonnables et probables.

Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher

provide evidence against him. The common thread in this line of authority is the objective of guaranteeing safety and applying the law effectively. While the existence of the power is accepted, there seems to be some uncertainty as to its scope. While at common law the British courts did not impose reasonable grounds as a prerequisite to the power to search a person lawfully arrested, neither have they gone so far as to recognize a power to search as a simple corollary of arrest. The Canadian courts on the other hand do not seem to have hesitated in adopting this latter approach.

Analysis

In determining the exact scope of a police power derived from the common law, this Court often had recourse to considerations of principle, and the weighing of the competing interests involved (*Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145). Competing interests are important factors in determining the limits of a common law power. When the power in question comes into conflict with individual freedoms, it is first necessary to decide whether the power falls within the general scope of the duty of peace officers. This duty, clearly identified, must historically have been recognized by the courts as tending to promote the effective application of the law. Secondly, the Court must determine whether an invasion of individual rights is justified. In this regard, Le Dain J. in *Dedman* defined what he meant by "justifiable use of the power" in question (at p. 35):

The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [Emphasis added.]

It is therefore necessary in this second stage to determine whether an invasion of individual rights is necessary in order for the peace officers to perform their duty, and whether such an invasion is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one

l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi. Si l'existence du pouvoir est acquise il semble exister un certain flottement en ce qui concerne les conditions d'exercice ou l'étendue de ce pouvoir. À ce chapitre, les tribunaux britanniques, qui sous l'empire de la common law n'ont pas imposé le prérequis de motifs raisonnables, ne vont cependant pas jusqu'à reconnaître la fouille comme un pur accessoire de l'arrestation. Les tribunaux canadiens, quant à eux, ne semblent pas avoir hésité à adopter cette approche.

Analyse

Notre Cour a eu recours à maintes reprises à des considérations de principe et à l'évaluation des intérêts en jeu pour déterminer la portée exacte d'un pouvoir de police découlant de la common law (*Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145). Les intérêts en jeu sont des facteurs importants dans la détermination des limites d'un pouvoir de common law. Lorsque le pouvoir en question vient en conflit avec les libertés individuelles, il est nécessaire, dans un premier temps, de décider si ce pouvoir entre dans le cadre général du devoir des agents de la paix. Ce devoir, clairement identifié, doit avoir été historiquement reconnu par les tribunaux comme étant de nature à promouvoir l'application de la loi. En second lieu, il s'agit de déterminer si une telle atteinte aux droits individuels est justifiée. À ce sujet, le juge Le Dain a défini dans *Dedman* ce qu'il entendait par l'expression «un emploi justifiable du pouvoir» en question (à la p. 35):

L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. [Je souligne.]

Il s'agit donc, dans cette deuxième étape, de déterminer si une atteinte aux droits individuels est nécessaire à l'accomplissement du devoir des agents de la paix, et si elle est raisonnable, compte tenu des intérêts d'ordre public servis par, d'un côté, la répression efficace des agissements crimi-

hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals.

Having stated these premises, I now turn to considering the power of search at the time of a lawful arrest.

As we have seen, the power to search a lawfully arrested person has its roots deep in the common law. In fact, at common law the police power of search extended to encompass a search of the surroundings of the arrest location and the seizure of anything they found there. The precedents I have referred to make it unnecessary to consider this aspect at greater length. What must be determined, rather, is the extent to which the competing interests in the context of a lawful arrest justify a search as an incident of the arrest.

In terms of applying the law, the ultimate purpose of criminal proceedings is to convict those found guilty beyond a reasonable doubt. Our system of criminal justice is based on the punishment of conduct that is contrary to the fundamental values of society, as statutorily enshrined in the *Criminal Code* and similar statutes. That is its primary purpose. The system depends for its legitimacy on the safe and effective performance of this function by the police. In the context of an arrest, these requirements entail at least two primary considerations. First, the process of arrest must be capable of ensuring that those arrested will come before the court. An individual who is arrested should not be able to evade the police before he is released in accordance with the rules of criminal procedure, otherwise the administration of justice will be brought into disrepute. In light of this consideration, a search of the accused for weapons or other dangerous articles is necessary as an elementary precaution to preclude the possibility of their use against the police, the nearby public or the accused himself. Incidents of this kind are not unknown. Further, the process of arrest must ensure that evidence found on the accused and in his immediate surroundings is preserved. The effectiveness of the system depends in part on the ability of peace officers to collect evidence that can be used in establishing the guilt of a suspect beyond a reasonable doubt. The

nels, et de l'autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus.

Ces prémisses étant posées, je passe maintenant à l'examen du pouvoir de fouille lors d'une arrestation légale.

Le pouvoir de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation trouve comme on l'a vu ses racines profondes dans la common law. En fait, la common law reconnaît aux policiers des pouvoirs encore plus larges de fouiller les environs du lieu de l'arrestation et de saisir certains objets qui peuvent s'y trouver. La jurisprudence que j'ai examinée me dispense de m'arrêter plus longuement sur cet aspect. Il s'agit plutôt de déterminer la mesure dans laquelle les intérêts en jeu, dans le contexte d'une arrestation légale, justifient la fouille accessoire à l'arrestation.

Du point de vue de l'application de la loi, la procédure criminelle a pour but ultime la condamnation des personnes reconnues coupables hors de tout doute raisonnable. Notre système de justice criminelle est fondé sur la répression des comportements contraires aux valeurs fondamentales de la société, tels que prohibés par le *Code criminel* et les autres lois de même nature. C'est là son objectif principal. À cet égard, la légitimité du système impose aux policiers le devoir de s'acquitter d'une façon efficace et sécuritaire de cette mission. Or, dans le contexte de l'arrestation, ces impératifs emportent au moins deux considérations principales. D'une part, l'arrestation doit pouvoir assurer la présence des individus devant le tribunal. Un individu mis en état d'arrestation ne doit pas être en mesure de pouvoir se soustraire aux agents de la paix avant sa remise en liberté conformément aux règles de la procédure criminelle, au risque de déconsidérer l'administration de la justice. À cette fin, la recherche d'armes ou d'autres objets dangereux sur le prévenu s'impose comme une précaution élémentaire pour contrecarrer la possibilité pour lui de s'en servir contre les policiers, le public qui pourrait se trouver à proximité ou contre lui-même. Des incidents de cette nature ne sont pas inconnus. D'autre part, l'arrestation doit assurer la conservation des éléments de preuve se trouvant sur le prévenu et dans son entourage immédiat lors de l'arrestation. L'efficacité du système dépend en

legitimacy of the justice system would be but a mere illusion if the person arrested were allowed to destroy evidence in his possession at the time of the arrest. These interests have been recognized since the courts first considered the power to search; in *Dillon v. O'Brien*, *supra*, at p. 250, Palles C.B. wrote:

... the interest of the State in the person charged being brought to trial in due course necessarily extends, as well to the preservation of material evidence of his guilt or innocence, as to his custody for the purpose of trial. His custody is of no value if the law is powerless to prevent the abstraction or destruction of this evidence, without which a trial would be no more than an empty form.

However, while the common law gives the police the powers necessary for the effective and safe application of the law, it does not allow them to place themselves above the law and use their powers to intimidate citizens. This is where the protection of privacy and of individual freedoms becomes very important.

For centuries the common law has spearheaded the protection of individual freedoms. The concept that a person and his home are inviolable has been gradually set up in the face of the potential abuse of power by the State. In the early seventeenth century the common law had already held "[t]hat the house of everyone is to him as his castle and fortress" (*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194). Similarly, an invisible "fortress" was built bit by bit around each subject of the Empire and gradually any interference with individual freedom was seen as *prima facie* unlawful, the representatives of the State having the burden of establishing a legal basis for their actions: "no member of the executive can interfere with the liberty or property of a British subject except on the condition that he can support the legality of his action before a court of justice" (*Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662 (P.C.), at p. 670). This fundamental role of guardian of freedom and property continued and expanded with the advent of the *Charter*

partie de la capacité des agents de la paix à recueillir des éléments de preuve susceptibles d'établir la culpabilité des suspects hors de tout doute raisonnable. L'administration de la justice serait réduite à une pure illusion s'il était permis à la personne arrêtée de détruire une preuve en sa possession au moment de l'arrestation. Ces intérêts sont reconnus depuis les origines jurisprudentielles du pouvoir de fouille; dans *Dillon v. O'Brien*, précité, à la p. 250, le baron en chef Palles écrit:

[TRADUCTION] ... l'intérêt de l'État à faire subir un procès à l'accusé dans un délai raisonnable s'étend nécessairement, de même que la conservation des éléments de preuve matérielle de sa culpabilité ou de son innocence, à sa garde aux fins du procès. Sa garde n'a aucune valeur si le droit ne peut empêcher la soustraction ou la destruction de ces éléments de preuve sans lesquels le procès ne serait rien de plus qu'une formule vide.

Mais si la common law donne aux policiers les pouvoirs nécessaires pour l'application efficace et sécuritaire de la loi, elle ne leur permet pas de se placer au-dessus de la loi et d'user de leurs pouvoirs pour opprimer les citoyens. La protection de la vie privée et des libertés individuelles prend ici toute sa dimension.

Depuis des siècles, la common law a été le fer de lance de la protection des libertés individuelles. Les doctrines de l'inviolabilité de la personne et du domicile ont peu à peu été érigées en remparts contre les abus de pouvoir de l'État. Au début du XVII^e siècle, la common law avait déjà établi [TRADUCTION] «[q]ue la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse» (*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194). De même, une «forteresse» invisible s'est peu à peu forgée autour de chaque sujet de l'Empire et graduellement, toute entrave à la liberté des individus a été perçue comme *prima facie* illégale, le fardeau reposant sur les épaules des agents de l'État de démontrer le fondement légal de leurs actions: [TRADUCTION] «aucun membre de l'exécutif ne peut porter atteinte à la liberté ou à la propriété d'un sujet britannique, à moins qu'il ne puisse justifier devant une cour de justice de la légalité de son geste» (*Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662 (C.P.), à la p. 670). Ce rôle primordial de gardiens de la

(*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 164, *per* Wilson J.): "Thus, the rights guaranteed in the *Charter* erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence".

Though the parties have not relied on the *Charter*, and have simply referred to the common law sources in examining the scope of the power to search, I feel that the courts should "apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603). In this regard this Court has held that, consistent with the values contained in the *Charter*, a search will not be wrongful if it is authorized by law, if the law is itself reasonable and if the search is conducted in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; and *R. v. Debot*, *supra*, at p. 1148, *per* Lamer J., and at p. 1160, *per* Wilson J.) The concept of freedom as traditionally safeguarded by the courts has been reexamined since the *Charter* and now generally means the absence of constraint and coercion. As Dickson J. (now C.J.) noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint.

As important and fundamental as these values may be, they are not absolute. As the Law Reform Commission of Canada notes, *Our Criminal Procedure* (1988), Report 32, at p. 14:

In order to safeguard freedom it is sometimes necessary to limit it, through prohibitions. However, if human dignity, freedom and justice are among the major values

liberté et de la propriété sous la common law a été continué et élargi avec l'avènement de la *Charte* (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 164, le juge Wilson): «Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière».

Même si les parties n'ont pas ici invoqué la *Charte* mais se sont plutôt limitées aux sources de common law dans l'examen de l'étendue du pouvoir de fouille, j'estime que les tribunaux doivent «expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution» (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603). À cet égard, notre Cour a décidé que, conformément aux valeurs contenues dans la *Charte*, une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi n'a rien d'abusif et si la fouille n'est pas effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278; et *R. c. Debot*, précité, à la p. 1148, le juge Lamer, et à la p. 1160, le juge Wilson). La notion de liberté telle que traditionnellement préservée par les tribunaux a été reprise depuis la *Charte* et s'entend aujourd'hui de façon générale par l'absence de contrainte et de coercition. Comme l'a souligné le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336:

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte.

Toutes importantes et fondamentales que soient ces valeurs, elles ne sont cependant pas absolues. Comme le note la Commission de réforme du droit du Canada, *Notre procédure pénale* (1988), Rapport 32, à la p. 14:

Pour sauvegarder la liberté, il est parfois nécessaire de la restreindre par le moyen d'interdictions. Toutefois si la dignité humaine, la liberté et la justice sont au rang

which the criminal law enshrines, we must carefully assess the way in which the law is enforced in order to ensure that our law and practices respect and do not undermine these values.

As we have seen, the common law gave the police only such powers as were consistent with the protection of individual rights. The courts have always held that a proper balance between these two fundamental components is vital, as illustrated by the observations of Williams J. in 1853 in *Leigh v. Cole*, *supra*, at pp. 330-31:

On one hand, it is clear that the police ought to be fully protected in the discharge of an onerous, arduous, and difficult duty — a duty necessary for the comfort and security of the community. On the other hand, it is equally incumbent on every one engaged in the administration of justice, to take care that the powers necessarily entrusted to the police are not made an instrument of oppression or of tyranny towards even the meanest, most depraved, and basest subjects of the realm.

In this regard a “frisk” search is a relatively non-intrusive procedure: outside clothing is patted down to determine whether there is anything on the person of the arrested individual. Pockets may be examined but the clothing is not removed and no physical force is applied. The duration of the search is only a few seconds. Though the search, if conducted, is in addition to the arrest, which generally entails a considerably longer and more sustained loss of freedom and dignity, a brief search does not constitute, in view of the objectives sought, a disproportionate interference with the freedom of persons lawfully arrested. There exists no less intrusive means of attaining these objectives.

A “frisk” search incidental to a lawful arrest reconciles the public’s interest in the effective and safe enforcement of the law on the one hand, and on the other its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals. The minimal intrusion involved in the search is necessary to ensure that criminal justice is properly administered. I agree with the opinion of the Ontario Court of Appeal as stated in *Brezack, Morrison and Miller, supra*,

des valeurs fondamentales devant être sanctionnées par le droit pénal, il convient d’étudier attentivement l’application de la loi afin de veiller à ce que les règles de droit et les pratiques judiciaires soient conformes à ces valeurs et n’en provoquent pas la dégradation.

La common law comme on l’a vu n’a accordé des pouvoirs aux policiers que dans le respect de la sphère de protection des droits individuels. Les tribunaux ont toujours tenu pour essentiel un juste équilibre entre ces deux composantes fondamentales, comme le démontrent les propos que tenait en 1853 le juge Williams dans *Leigh v. Cole*, précité, aux pp. 330 et 331:

[TRADUCTION] D’une part, il est clair que la police doit jouir d’une protection complète dans l’exécution d’un devoir onéreux, ardu et difficile — un devoir nécessaire pour le confort et la sécurité de la collectivité. Par ailleurs, toute personne chargée de l’administration de la justice est également tenue de veiller à ce que les pouvoirs nécessairement dévolus à la police ne deviennent pas un instrument de répression et de tyrannie à l’égard des sujets du royaume, même les plus méchants, les plus corrompus et les plus méprisables.

La fouille sommaire constitue à cet égard un mécanisme relativement peu intrusif: les vêtements sont palpés de façon à vérifier par l’extérieur la présence d’objets sur la personne mise en état d’arrestation. Les poches peuvent être examinées mais les vêtements ne sont pas retirés et aucune force physique n’est appliquée. La fouille ne dure que quelques secondes. Même si elle s’ajoute à l’arrestation, qui emporte généralement une privation de liberté et une atteinte à la dignité considérablement plus longues et soutenues, quoique justifiées, une fouille sommaire ne constitue pas une entrave abusive à la liberté des personnes légalement mises en état d’arrestation, compte tenu des objectifs poursuivis. Il n’existe pas de moyen moins intrusif qui permette d’atteindre ces objectifs.

Jugeant l’intérêt public dans l’application efficace et sécuritaire de la loi à la lumière de l’intérêt public d’assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus, j’estime que la fouille sommaire accessoire à une arrestation légale concilie ces deux impératifs en ce que l’intrusion minimale que représente la fouille est nécessaire pour assurer une saine administration de la justice criminelle. Je suis d’accord avec l’opinion de la Cour d’appel

that the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of a police power to search. The exercise of this power is not however unlimited. Three propositions can be derived from the authorities and a consideration of the underlying interests.

1. This power does not impose a duty. The police have some discretion in conducting the search. Where they are satisfied that the law can be effectively and safely applied without a search, the police may see fit not to conduct a search. They must be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives.

2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused. The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice, which would be the case for example if the purpose of the search was to intimidate, ridicule or pressure the accused in order to obtain admissions.

3. The search must not be conducted in an abusive fashion and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation.

A search which does not meet these objectives could be characterized as unreasonable and unjustified at common law.

That is the background against which the Court must examine the facts of this case to determine whether the "frisk" search conducted by the appellants constituted an assault. Needless to say, if the search in question is justified at common law it cannot possibly constitute criminal conduct, more particularly, assault.

de l'Ontario telle qu'exprimée dans *Brezack, Morrison et Miller*, précités, à l'effet que la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence du pouvoir de fouille par les policiers. L'exercice de ce pouvoir n'est toutefois pas sans limites et je formulerais à cet égard les trois propositions suivantes qui se dégagent de la jurisprudence et de ma considération des intérêts sous-jacents:

1. Ce pouvoir n'impose pas de devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion dans l'exercice de la fouille. Dans les cas où ils sont satisfaits que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille, les policiers peuvent juger opportun de ne pas procéder à la fouille. Ils doivent être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents.

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d'intimider le prévenu, de le ridiculiser ou d'exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux.

3. La fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce.

Une fouille qui ne répondrait pas à ces objectifs pourrait être tenue pour abusive et non justifiée en vertu de la common law.

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu maintenant d'apprécier les faits de l'espèce afin de déterminer si la fouille sommaire effectuée par les appelants constitue des voies de fait à l'endroit de l'intimé. Il va de soi que si la fouille en question était justifiée en common law il ne saurait être question qu'elle puisse constituer une conduite criminelle, en l'instance, des voies de fait.

Application to the Facts of the Case

It should be noted that all the Quebec courts have approached the evidence in this case on the basis that a “frisk” search is not necessarily incidental to a lawful arrest, but instead, depends on the existence of reasonable grounds.

Despite the imposition of a standard higher than that required at common law, Judge Choquette of the Court of Summary Proceedings, the only judge to have seen and heard the witnesses, after considering whether the accused [TRANSLATION] “had reasonable grounds to make a search of the complainant”, answered in the affirmative:

[TRANSLATION] Considering the circumstances of the case as a whole, the court feels that the police definitely had reasonable grounds that would justify them in lawfully making the arrest and search of the complainant, and that in view of the insults heaped on them by Mr. Cloutier they acted courteously.

As regards the force used to do this, it does not seem excessive or disproportionate in view of the events. The accused made a “frisk” search of the complainant using no excessive violence or force.

Barrette-Joncas J. of the Superior Court came to the same conclusion. Rothman J.A., dissenting in the Court of Appeal, took a similar view and accepted the trial judge’s findings of fact and the conclusions drawn by him. The majority of the judges in the Court of Appeal seem to have taken a stricter approach to the facts. They concluded, contrary to the finding of the trial judge, that reasonable and probable grounds did not exist.

Applying the legal standard to the facts of this case, the evidence indicates that the police considered that in light of all the circumstances it was necessary to search the respondent. The respondent’s conduct, which the Court of Appeal judges characterized as “unpleasant” and “highly agitated and verbally abusive”, was such as to arouse a concern in the police officers for safety and effectiveness objectives. Secondly, the evidence showed to my satisfaction that the police searched the respondent in pursuit of a valid objective, here,

Application aux faits de l'espèce

Il faut noter dès maintenant que tous les tribunaux québécois ont apprécié la preuve à partir de la prémisse que la fouille sommaire n'est pas accessoire à l'arrestation légale mais qu'elle dépend de l'existence de motifs raisonnables pour y procéder.

Malgré l'imposition de cette norme plus élevée que la véritable règle de common law ne l'exige, le juge Choquette de la Cour des poursuites sommaires, seul juge à avoir vu et entendu les témoins, après s'être demandé si l'accusé avait «des motifs raisonnables pour effectuer la fouille du plaignant», a répondu à sa propre question dans l'affirmative:

Considérant l'ensemble des circonstances de l'affaire, la Cour est d'avis que les policiers avaient sûrement des motifs raisonnables qui les justifiaient de procéder légalement à l'arrestation et à la fouille du plaignant et que face aux insultes de M^e Cloutier à leur endroit ils ont agi avec courtoisie.

Quant à la force utilisée pour ce faire, elle ne paraît pas excessive et disproportionnée eu égard aux événements. Le ou les prévenus a ou ont effectué une fouille sommaire du plaignant en n'utilisant aucune violence ou force excessive.

Le juge Barrette-Joncas de la Cour supérieure en est arrivée à la même conclusion. Le juge Rothman, dissident en Cour d'appel, a conclu dans le même sens et a accepté la détermination des faits du juge du procès ainsi que la conclusion que ce dernier en a tirée. Les juges majoritaires en Cour d'appel semblent avoir apprécié les mêmes faits sous un prisme plus exigeant encore, puisque les motifs jugés raisonnables au procès ne l'étaient pas quant à eux.

Appliquant la norme légale aux faits de l'espèce, la preuve indique en premier lieu que les policiers ont exercé leur discrétion en procédant à la fouille eu égard à toutes les circonstances qui se présentaient à eux. La conduite de l'intimé, que les juges de la Cour d'appel ont qualifié de [TRADUCTION] «désagréable» et «extrêmement agité et grossier», était de nature à sensibiliser les policiers aux objectifs de sécurité et d'efficacité. En second lieu, la preuve révèle à ma satisfaction que les policiers ont fouillé l'intimé dans la poursuite d'un objectif

police safety in making a lawful arrest. As to this I will simply cite a passage from the opinion of Rothman J.A. in which he reproduces this part of the evidence (at p. 1484):

Among the reasons that would justify a personal search is the possibility that the person arrested might be armed and might endanger the officers arresting him. In this case, that was the only justification given by Constable Bédard:

[TRANSLATION]

Q. So now, Constable Bédard, what happened? You told Mr. Cloutier — there was an exchange, which you have just described to the court — what happened then?

A. Mr. Cloutier, after being told at least three times, got out of his car and voluntarily went with us to the radio car; then at that point, we before . . . putting in anyone who has been arrested, whether for a traffic ticket or something else, in our radio car — I don't know this guy, he could be anyone, he can say he is anything he wants, I don't want to say anything, it is nothing personal, but he is someone who perhaps may take the law into his own hands because he hates the police, he may turn on me inside the car, so for my own safety . . .

Q. What do you do?

A. For . . . we search him.

Q. So, you search him?

A. We search him.

Q. Yes . . .

A. Briefly . . .

Looking at the matter now, it would not be difficult to conclude that the police officers did not have any real reason to fear physical violence from Mr. Cloutier. But, on the evidence, it is clear that he was highly agitated and verbally abusive. The conclusion of the trial judge that it was Cloutier's conduct that made the situation as tense as it became is amply supported by the evidence.

Third, as to the way in which the search was conducted, as already noted, it is not disputed that in the circumstances, the police did not use either excessive force or constraint.

Furthermore, the fact that there existed a general directive in the police department to search an

valable dans l'administration de la justice, soit en l'occurrence, la sécurité des policiers lors d'une arrestation légale. À ce sujet, je me contenterai de citer un extrait de l'opinion du juge Rothman dans lequel il reproduit cette partie de la preuve (à la p. 1484):

[TRADUCTION] Parmi les motifs qui justifieraient une fouille de la personne, il y a la possibilité que le détenu puisse être armé et puisse mettre en danger la vie des agents qui procèdent à l'arrestation. En l'espèce, c'était la seule justification donnée par l'agent Bédard:

Q. C'est ça. Maintenant, constable Bédard, qu'est-ce qu'il se passe? Vous dites à monsieur Cloutier, il y a un échange là, que vous venez de décrire à la Cour, qu'est-ce qu'il se passe par la suite?

R. Monsieur Cloutier, après lui avoir expliqué à trois occasions au moins, sort de son véhicule, il nous accompagne de lui-même là, jusqu'à l'auto-radio. Puis à ce moment-là bien nous autres avant de . . . de faire entrer quelqu'un qu'on arrête, que ce soit pour un mandat de circulation ou autre chose dans notre véhicule-radio, moi là je ne le connais pas ce gars-là, ça peut être n'importe qui, il peut prétendre être tout ce qu'il veut, moi je ne veux rien dire c'est rien de personnel, mais c'est quelqu'un qui, peut-être qu'il se ferait justice parce qu'il déteste les policiers, il peut m'agresser dans l'auto, alors pour ma sécurité, là . . .

Q. Qu'est-ce que vous faites?

R. Pour . . . on le fouille.

Q. C'est ça, vous le fouillez?

R. On le fouille.

Q. Oui . . .

R. Sommairement . . .

[TRADUCTION] Si l'on examine maintenant la question, il ne serait pas difficile de conclure que les policiers n'avaient pas véritablement raison de craindre de violence physique de la part de M. Cloutier. Toutefois, d'après le témoignage, il est évident qu'il était extrêmement agité et grossier. La conclusion du juge du procès selon laquelle la conduite de Cloutier avait rendu la situation aussi tendue est largement étayée par la preuve.

En troisième lieu, quant à la façon dont la fouille a été effectuée, tel que déjà noté, il n'est pas contesté en l'espèce que les policiers n'ont usé ni de force ni de contrainte abusive dans les circonstances.

De plus, le fait qu'il ait existé une directive générale du service de police, selon laquelle tout

arrested suspect for any weapon or object potentially dangerous to the policemen has no bearing on this case, since the evidence of the police officers who conducted the search was that they exercised their independent discretion taking into account all the circumstances of this case.

I accordingly consider that, as an incident to the lawful arrest of the respondent, the frisk search was justified, and accordingly Judge Choquette made no error in dismissing the informations for assault brought against the appellants. This is sufficient to dispose of the appeal.

Costs

On the question of costs, the Summary Convictions Court may in its discretion order the payment of the defendant's costs against the informant when the information is dismissed (s. 744 of the *Criminal Code*). In the case at bar none of the Quebec courts applied this provision. Therefore each party paid its own costs in the lower courts. The appellants did not argue strongly on this point. In the circumstances, I feel it is proper not to award costs.

Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal and restore the verdict of acquittal, the whole without costs in any court.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Mongeau, Gouin, Roy, Montréal.

Solicitor for the respondent: Pierre Cloutier, Montréal.

prévenu devait être fouillé afin de s'assurer du fait qu'il ne transportait aucune arme ou autre objet dangereux, ne change rien à la présente affaire. En effet, les constables ayant effectué l'arrestation ont témoigné qu'ils avaient exercé leur discrétion en tenant compte de toutes les circonstances de la situation.

J'estime donc qu'en tant qu'accessoire à l'arrestation, la fouille sommaire de l'intimé était justifiée, et par conséquent le juge Choquette n'a pas commis d'erreur en rejetant les dénonciations pour voies de fait portées contre les appelants. Ceci suffit à disposer du pourvoi.

Dépens

En ce qui concerne les frais, la Cour des poursuites sommaires peut, à sa discrétion, ordonner le paiement des frais au défendeur contre le dénonciateur, lorsque la dénonciation est rejetée (art. 744 du *Code criminel*). En l'espèce, aucun des tribunaux du Québec ne s'est prévalu de cette disposition. Chaque partie a donc dû assumer ses propres frais devant les instances inférieures. Les appelants n'ont d'ailleurs pas insisté sur ce point. J'estime approprié dans les circonstances de ne pas accorder de frais.

Conclusion

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquiescement, le tout sans dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Mongeau, Gouin, Roy, Montréal.

Procureur de l'intimé: Pierre Cloutier, Montréal.

William Brydges Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. BRYDGES

File No.: 20583.

1989: November 10; 1990: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Affordability of counsel — Legal Aid and duty counsel — Accused informed of his right to counsel — Accused requesting information about Legal Aid and expressing concerns about being unable to afford a lawyer — Accused not informed at that time of the availability of Legal Aid and duty counsel — Whether accused's right to counsel infringed — Whether police had the duty to inform the accused of the availability of Legal Aid and duty counsel — Whether accused waived his right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Whether an accused has the right in all cases to be informed of the availability of Legal Aid and duty counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's right to counsel infringed — Statements obtained in violation of the Charter — Whether accused's statements should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused, a resident of Alberta, was arrested in Manitoba in connection with a murder which took place in Edmonton. He was charged with second degree murder and informed without delay of his right to retain and instruct counsel. Upon arrival at the police station, the accused was placed in an interview room and, at the beginning of the interrogation, given a second opportunity to call a lawyer. The accused asked the investigating officer if they had Legal Aid in Manitoba because he could not afford a private lawyer. The officer, who

William Brydges Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BRYDGES

N° du greffe: 20583.

1989: 10 novembre; 1990: 1^{er} février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Capacité de défrayer les services d'un avocat — Aide juridique et avocat de garde — Accusé informé de son droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a demandé des renseignements au sujet de l'aide juridique et s'est inquiété de sa capacité de se payer un avocat — L'accusé n'a pas alors été informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Les policiers étaient-ils tenus d'informer l'accusé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a-t-il dans tous les cas le droit d'être informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — Déclarations obtenues en violation de la Charte — Faut-il écarter les déclarations de l'accusé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé, qui résidait en Alberta, a été arrêté au Manitoba en rapport avec un meurtre survenu à Edmonton. Il a été accusé de meurtre au deuxième degré et informé sans délai de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. À son arrivée au poste de police, l'accusé a été conduit dans une salle d'interrogatoire. Au début de l'interrogatoire, on a donné à l'accusé une deuxième chance de communiquer avec un avocat. L'accusé a demandé au policier enquêteur s'il existait un régime d'aide juridique au Manitoba parce qu'il n'était

was from Edmonton, answered that he imagined that they had such a system in Manitoba. The officer then asked the accused if he felt there was a reason for him to wanting to talk to a lawyer. The accused answered "Not right now, no". During the interrogation which followed, the accused made a number of statements. He later interrupted the questioning and requested a Legal Aid lawyer. The Legal Aid lawyer contacted by the police advised the accused not to say anything more and the interrogation ended. At trial, the judge found that, at the beginning of the interrogation, the accused essentially requested the assistance of counsel but that he was unsure if he could afford one. Because the police did not assist the accused in exercising his right to counsel by determining the availability of Legal Aid at that time, the trial judge held that the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated, and the accused's statements were excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. As a result, the accused was acquitted. A majority of the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in reversing the trial judge's finding that the accused was essentially requesting the assistance of counsel but felt that his inability to afford a lawyer was an impediment to the exercise of his right to retain one. This finding was supported by the evidence and should not have been disturbed.

Where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel. This additional duty imposed on the police in these circumstances is consistent with the purpose underlying s. 10(b) of the *Charter*. A detainee is advised of the right to retain and instruct counsel without delay because it is upon arrest or detention that a detainee is faced with an immediate need for legal advice, especially in respect of how to exercise the right to remain silent. Here, the accused's s. 10(b) rights were violated. The failure of the police to inform the accused of the existence of Legal Aid or duty counsel at the time that he first indicated a concern about his ability to pay a lawyer, was a restriction on the accused's right to counsel, in so far as the accused was left with an erroneous impression of the nature and extent of his s. 10(b) rights. While the investigating officer was from Alberta, and understand-

pas en mesure de défrayer les services d'un avocat. Le policier, qui venait d'Edmonton, a répondu qu'il supposait qu'il devait exister un tel régime au Manitoba. Le policier a alors demandé à l'accusé s'il croyait nécessaire de consulter un avocat. L'accusé a répondu «Non, pas tout de suite». Pendant l'interrogatoire qui a suivi, l'accusé a fait un certain nombre de déclarations. Plus tard, il a interrompu l'interrogatoire et demandé à consulter un avocat de l'aide juridique. L'avocat de l'aide juridique rejoint par les policiers a conseillé à l'accusé de ne rien dire de plus et l'interrogatoire a pris fin. Au procès, le juge a conclu qu'au début de l'interrogatoire l'accusé avait demandé essentiellement à consulter un avocat, mais qu'il n'était pas certain de pouvoir en assumer le coût. Parce que les policiers n'ont pas aidé l'accusé à exercer son droit à l'assistance d'un avocat en ne vérifiant pas, dès ce moment, s'il existait un service d'aide juridique, le juge du procès a conclu que les droits garantis à l'accusé en vertu de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés et il a écarté les déclarations de l'accusé conformément au par. 24(2) de la *Charte*. En conséquence, l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé le verdict d'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé demandait essentiellement l'assistance d'un avocat, mais estimait que son incapacité de se payer un avocat l'empêchait d'exercer son droit d'y recourir. Cette constatation est justifiée par la preuve et il n'y avait pas lieu de la modifier.

Lorsqu'un accusé s'inquiète de ce que le droit à l'assistance d'un avocat dépende de la capacité d'en assumer les frais, les policiers ont l'obligation de l'informer de l'existence de l'aide juridique et des avocats de garde et de la possibilité d'y recourir. Cette obligation supplémentaire imposée aux policiers dans ces circonstances est conforme à l'objet fondamental de l'al. 10b) de la *Charte*. On informe une personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat parce que c'est dès qu'elle est arrêtée ou placée en détention que cette personne a un besoin immédiat de conseils juridiques, surtout sur la manière d'exercer son droit de garder le silence. En l'espèce, il y a eu violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 10b). L'omission des policiers d'informer l'accusé de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de garde au moment où il s'est inquiété, pour la première fois, de sa capacité d'assumer le coût des services d'un avocat, a constitué une restriction au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat dans

ably was not aware of the specific provisions that Manitoba had set up in respect of duty counsel or Legal Aid, the information was readily at hand at the police detachment from the officers who were from Manitoba, and who were acquainted with the province's Legal Aid scheme.

The accused did not waive his right to retain and instruct counsel when he responded "Not right now, no" to the query about whether there was a reason for him to want to talk to a lawyer. The comment took place immediately after the accused requested information about Legal Aid and expressed his concern about being unable to afford a lawyer. The accused was left with the mistaken impression that his inability to afford a lawyer prevented him from exercising his right to counsel. In this context, the accused did not understand the full meaning of his right to counsel and was not in a position to carefully consider the consequences of waiving his s. 10(b) rights.

Evidence obtained as a result of the s. 10(b) violation was properly excluded by the trial judge. Under s. 24(2) of the *Charter*, there is no need for an accused to demonstrate a causal link between the *Charter* infringement and the evidence obtained thereby. A requirement of strict causation is inappropriate under that section. Section 24(2) is implicated as long as a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. Here, the statements were obtained in the course of the violation of s. 10(b) of the *Charter* and the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. First, the fairness of the trial would be adversely affected since the admission of the statements would infringe on the accused's right against self-incrimination. Second, the *Charter* violation was a serious one. Although the conduct of the officer was not flagrant or blatant, it was a serious error not to inform the accused of the existence of Legal Aid or duty counsel especially when he explicitly raised the issue, and in light of the fact that such information was readily at hand. Third, in balancing the admission of the evidence against the exclusion of the evidence, the Crown conceded that the statements represented, at most, evidence of consciousness of guilt and admissions of recent possession of property stolen from the home of the victim. Finally, the mere fact that an accused is charged with a serious offence provides no justification for admitting the evidence where there has been a serious

la mesure où celui-ci a été laissé sous une fausse impression relativement à la nature et à la portée de ses droits en vertu de l'al. 10b). Même si le policier enquêteur venait de l'Alberta et s'il est compréhensible qu'il n'ait pas connu les dispositions exactes que le Manitoba avait prises à l'égard des avocats de garde ou de l'aide juridique, ces renseignements pouvaient facilement être obtenus au poste de police, auprès des agents qui venaient du Manitoba et qui connaissaient le régime d'aide juridique de la province.

L'accusé n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat en répondant «Non, pas tout de suite» quand on lui a demandé s'il croyait nécessaire d'en consulter un. Cette observation a été faite immédiatement après que l'accusé eut demandé des renseignements au sujet de l'aide juridique et qu'il se fut inquiété de sa capacité de se payer les services d'un avocat. L'accusé a été laissé sur sa fausse impression que son incapacité de se payer les services d'un avocat l'empêchait d'exercer son droit à cette assistance. Dans ces circonstances, l'accusé n'a pas saisi tout le sens de son droit à l'assistance d'un avocat et il n'était pas en mesure d'analyser soigneusement les conséquences de la renonciation aux droits que lui conférait l'al. 10b).

Le juge du procès a eu raison d'écartier les éléments de preuve obtenus par suite de la violation de l'al. 10b). En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse l'existence d'un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention d'éléments de preuve qui s'est ensuivie. Il ne convient pas d'exiger un lien strict de causalité en vertu de ce paragraphe. Le paragraphe 24(2) s'applique dès qu'il y a violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention d'éléments de preuve. En l'espèce, les déclarations ont été obtenues à l'occasion d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte* et leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Premièrement, il y aurait atteinte à l'équité du procès puisque l'utilisation des déclarations violerait le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer. Deuxièmement, la violation de la *Charte* était grave. Quoique la conduite de l'agent de police n'ait pas été flagrante ou criante, c'était une erreur grave de ne pas informer l'accusé de l'existence de l'aide juridique ou d'avocats de garde, étant donné surtout que l'accusé avait expressément soulevé la question et compte tenu du fait que ces renseignements étaient à portée de la main. Troisièmement, en soupesant l'utilisation et l'exclusion de la preuve, le ministère public a reconnu que les déclarations constituent tout au plus la preuve d'un sentiment de culpabilité et des aveux de possession récente d'objets volés chez la victime. Enfin, le simple fait qu'une personne soit accusée d'une infraction grave

Charter violation and the admission of the evidence would affect the fundamental fairness of the trial.

Per Lamer, Wilson, Gonthier and Cory JJ.: As part of the information component of the constitutional guarantee under s. 10(b) of the *Charter*, a detainee should be informed in all cases of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid plans in the jurisdiction. It is consistent with the purpose underlying s. 10(b) of the *Charter* to impose such a duty on the police in all cases of detention. This additional duty imposed on the police, however, may have an effect on the consideration of what constitutes "reasonable diligence" of a detainee in pursuing the right to counsel. There would be a transition period of thirty days from the date of this judgment to enable the police to properly discharge their new burden and to prepare new cautions.

Cases Cited

Applied: *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; **referred to:** *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Referance re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(2).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 14(3).

Authors Cited

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Legal Aid in Canada 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
 Wilkins, James L. *Legal Aid in the Criminal Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1975.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 330, 84 A.R. 259, setting aside the accused's acquittal on a

ne justifie pas l'utilisation de la preuve lorsqu'il y a eu violation grave de la *Charte* et que l'utilisation de la preuve nuirait à l'équité fondamentale du procès.

Les juges Lamer, Wilson, Gonthier et Cory: Dans le cadre de l'obligation d'informer que comporte la garantie constitutionnelle de l'al. 10b) de la *Charte*, il faut, dans tous les cas, renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause. Il est compatible avec l'objet de l'al. 10b) de la *Charte* d'imposer cette obligation aux policiers dans tous les cas de détention. Toutefois, cette obligation supplémentaire imposée aux policiers pourra avoir des conséquences sur l'examen de ce qui constitue, pour une personne détenue, une «diligence raisonnable» à se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat. Une période de transition de trente jours depuis la date du présent jugement laissera aux corps policiers le temps de remplir adéquatement leur nouvelle obligation et de préparer de nouvelles mises en garde.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; **arrêts mentionnés:** *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d), 24(2).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(3).

Doctrine citée

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *L'aide juridique au Canada 1985*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
 Wilkins, James L. *Legal Aid in the Criminal Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 330, 84 A.R. 259, qui a annulé le verdict d'acquiescement

charge of murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Richard A. Stoppel, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

The judgment of Lamer, Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER J.—

Facts

This case deals with the scope of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, specifically with respect to the duty of the police when an accused expresses a concern that his right to retain and instruct counsel is contingent on his ability to afford one.

The appellant, William Brydges, was arrested on December 16, 1985 in connection with a murder that took place in March of 1979, in Edmonton, Alberta. Brydges was 16 years old at the time of the offence, and 22 years old when he was arrested. His only previous criminal record consisted of a conviction for impaired driving and failing to appear for fingerprinting in relation to that offence. The arrest took place near the town of Strathclair, Manitoba which is about 65 miles north of Brandon. Brydges, a resident of Alberta, was visiting his stepfather in Strathclair at the time of his arrest. Detective Harris of the Edmonton City Police, accompanied by Corporal Munro, an R.C.M.P. officer stationed near Strathclair, arrested the appellant at his stepfather's residence on a charge of second degree murder. The appellant was advised of his right to retain and instruct counsel without delay upon being arrested. Detective Harris specifically asked the appellant if he wanted to contact a lawyer, to which the appellant, according to the testimony of Detective Harris, responded that he did not.

The officers then transported the appellant to the R.C.M.P. detachment in Brandon. Immediately upon their arrival in Brandon, Detective Harris took the appellant to a room for questioning and

de l'accusé prononcé relativement à une accusation de meurtre et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Richard A. Stoppel, pour l'appelant.

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Le présent pourvoi examine la portée de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, plus précisément en ce qui concerne l'obligation qui incombe aux agents de police quand un accusé s'inquiète de ce que son droit à l'assistance d'un avocat puisse dépendre de ses moyens de se payer les services de ce dernier.

L'appelant William Brydges a été arrêté le 16 décembre 1985 en rapport avec un meurtre survenu en mars 1979, à Edmonton, en Alberta. Au moment où l'infraction a été commise, Brydges avait 16 ans et il en avait 22 au moment de son arrestation. La seule déclaration antérieure de culpabilité portée à son dossier était celle de conduite avec facultés affaiblies et de défaut de se présenter pour faire prendre ses empreintes digitales relativement à cette infraction. L'arrestation a eu lieu près du village de Strathclair (Manitoba) qui est situé à environ 65 milles au nord de Brandon. Brydges, un résident de l'Alberta, était en visite chez son beau-père, à Strathclair, au moment de son arrestation. Le détective Harris, de la police municipale d'Edmonton, en compagnie du caporal Munro de la G.R.C., en poste près de Strathclair, ont arrêté l'appelant chez son beau-père relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. L'appelant a été informé dès son arrestation de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le détective Harris a précisément demandé à l'appelant si celui-ci voulait communiquer avec un avocat, ce à quoi l'appelant a répondu par la négative, selon la déposition du détective Harris.

Les policiers ont alors amené l'appelant au poste de la G.R.C., à Brandon. Immédiatement après leur arrivée à Brandon, le détective Harris a conduit l'appelant dans une salle pour l'interroger et il

secretly recorded the ensuing interrogation using a tape recorder hidden in a brief case. The questioning lasted from 5:15 p.m. to 6:20 p.m. The following key exchange, from the transcript of the tape recording, took place between the appellant (Bill) and the detective (Ron) at the start of the interrogation:

Ron: Okay Bill, this is your copy of that warrant, I was telling you about okay. It says that on or about the twenty-ninth day of March ah, nineteen seventy nine, City of Edmonton, Province of Alberta, did commit second degree murder. On person of Elizabeth MacLeod, contrary to section two one eight of the Criminal Code. Okay your copy. There is a couple things I want to go over with you. (Coughs) Okay first of all ah, you acknowledge the fact that back at your parents' home ah, I placed you under arrest for this murder.

Bill: Um hum.

Ron: Ah I informed you there that ah, it was our duty to inform you that you had the right to instruct counsel. And I asked you if you understood what that meant. And you said yes.

Bill: Yeah.

Ron: Okay. Ah . . . You didn't want to phone a lawyer out there. Ah you can phone one from here if you want. If you know one.

Bill: I don't know of any.

Ron: Did you want to try and get a hold of one here.

Bill: Well. Do they have any free Legal Aid or anything like that up here.

Ron: I imagine they have a Legal Aid system in Manitoba. I'm . . .

Bill: (Unintelligible)

Ron: . . . not familiar with it but.

Bill: Won't be able to afford anyone, hey? That's the main thing.

Ron: Okay. You feel ah there's a reason for you maybe wanting to talk to one right now.

Bill: Not right now, no.

Ron: Okay. Ahh. I'm just gonna read from this blue card again.

Bill: Okay.

Ron: Umm. Do you wish to say anything to me. Ah you're not obliged to say anything unless you wish

a procédé, à l'insu de l'appelant, à l'enregistrement de l'interrogatoire qui s'en est suivi, au moyen d'un magnétophone dissimulé dans une mallette. L'interrogatoire a duré de 17 h 15 à 18 h 20. D'après la transcription de l'enregistrement sur bande magnétique, voici l'échange de propos capital qui a eu lieu entre l'appelant (Bill) et le détective (Ron), au début de l'interrogatoire:

[TRADUCTION]

b Ron: O.K. Bill, voici ta copie du mandat dont je t'ai déjà parlé, d'accord? Ça dit que le vingt-neuvième jour de mars euh! mil neuf cent soixante-dix-neuf, ou vers cette date, dans la ville d'Edmonton, province d'Alberta, tu as commis un meurtre au deuxième degré sur la personne d'Elizabeth MacLeod, contrairement à l'article 218 du Code criminel. Bon, voici ta copie. Il y a une ou deux choses dont je veux discuter avec toi. (toussements.) Bon, tout d'abord euh!, tu reconnais qu'à ton retour chez tes parents euh! je t'ai mis en état d'arrestation pour ce meurtre.

Bill: Hum! hum!

Ron: Euh! je t'y ai avisé que euh! nous devons t'informer que tu avais le droit de communiquer avec un avocat. Et je t'ai demandé si tu comprenais ce que cela voulait dire. Et tu as répondu oui.

Bill: Ouais.

Ron: Bon. Euh! . . . Tu ne voulais pas téléphoner à un avocat de cet endroit. Euh! tu peux téléphoner à un avocat d'ici, si tu le veux. Si tu en connais un.

Bill: Je n'en connais aucun.

Ron: Voulais-tu essayer d'en rejoindre un d'ici?

g Bill: Bien. Existe-t-il un système d'aide juridique ou quelque chose du genre ici?

Ron: Je suppose qu'il existe un système d'aide juridique au Manitoba. Je ne suis . . .

h Bill: (Incompréhensible)

Ron: . . . pas très au courant du système, mais . . .

Bill: Je ne serai pas en mesure de m'en payer un, n'est-ce pas? Voilà le problème.

i Ron: Bon. Tu penses euh! qu'il serait nécessaire que tu en consultes un tout de suite?

Bill: Non, pas tout de suite.

Ron: O.K. Euh! Je vais te lire cette carte bleue une autre fois.

j Bill: D'accord.

Ron: Hum! Veux-tu me dire quelque chose. Euh! tu n'es pas obligé de dire quoi que ce soit à moins que tu

to do so. Okay. But whatever you do say could be given in evidence. Do you understand that.

Bill: Um hum. [Emphasis added.]

The questioning in respect of the appellant's alleged connection with the offence began at that point. During the course of the questioning the appellant made a number of statements that, according to the Crown, represent evidence of consciousness of guilt as well as an admission of recent possession of property stolen from the home of the victim.

At a certain point in the interrogation, the appellant interrupted the flow of the questioning, and advised Detective Harris that he felt a need to contact a lawyer:

Bill: I just think that I should talk to someone. Maybe from Legal Aid or something then I. (Pause) Is that gonna be possible for me to get a hold of someone.

Ron: I can try and arrange it, sure.

Bill: I'd, I'd like to try to talk to someone first.

Ron: Okay.

Bill: And that way, I might feel, feel a little bit easier about talking.

Ron: About what happened?

Bill: About everything, yeah.

Ron: Okay, I don't know if I can get a hold of a Legal Aid lawyer.

Bill: I can't afford anyone else.

Ron: But, well, what, I don't think their gonna charge you for advise. (Pause) Do you want me to try and get one.

Bill: Yeah, if you can get a Legal Aid, first.

Ron: Do they have Legal Aid in Manitoba?

Bill: I don't know, I don't know.

Ron: Okay, I'll check. (Noise of chair moving)

At this point, the detective left the room, obtained a list of Legal Aid lawyers in the area and contacted one, who attended at the police detachment and interviewed the appellant. After the conversation with the lawyer, Mervin Hart, the following exchange took place:

ne veuilles le faire. O.K. Mais tout ce que tu diras pourra servir de preuve. Comprends-tu cela?

Bill: Hum! hum! [Je souligne.]

C'est à ce moment précis que l'interrogatoire relatif à la participation de l'appellant à l'infraction reprochée a commencé. Pendant l'interrogatoire, l'appellant a fait un certain nombre de déclarations qui, selon le ministère public, constituent la preuve d'un sentiment de culpabilité et un aveu de possession récente d'objets volés chez la victime.

À un moment donné, l'appellant a interrompu le cours de l'interrogatoire et a informé le détective Harris qu'il estimait devoir communiquer avec un avocat.

[TRADUCTION]

Bill: Je crois que je devrais parler à quelqu'un. Peut-être quelqu'un de l'aide juridique ou quelque chose que je . . . (Pause). Me sera-t-il possible de communiquer avec quelqu'un?

Ron: Certainement, je peux essayer de trouver quelqu'un.

Bill: J'aimerais essayer de parler à quelqu'un en premier.

Ron: O.K.

Bill: Ainsi, je pourrais me sentir un peu plus à l'aise pour parler.

Ron: À propos de ce qui s'est produit?

Bill: À propos de tout, ouais.

Ron: Bon! Je ne sais pas si je peux rejoindre un avocat de l'aide juridique.

Bill: Je ne peux me payer personne d'autre.

Ron: Bon! Bien! Quoi! Je ne crois pas qu'on va te facturer pour la consultation. (Pause). Veux-tu que j'essaie d'en rejoindre un?

Bill: Ouais, si vous pouvez d'abord rejoindre un avocat de l'aide juridique.

Ron: Existe-il de l'aide juridique au Manitoba?

Bill: Je ne sais pas. Je ne sais pas.

Ron: Très bien! Je vais vérifier. (Bruit de chaise.)

À ce moment, le détective a quitté la pièce, s'est procuré une liste des avocats de l'aide juridique et a communiqué avec l'un d'eux qui s'est rendu au poste de police et s'est entretenu avec l'appellant. Une fois terminée la conversation avec l'avocat Mervin Hart, l'échange suivant a eu lieu:

Ron: Do you just want to sit over there. (Pause) Okay
Bill ah, you got a chance to talk to Mervin here.

Bill: Um hum.

Ron: Okay ah, did you want to continue to tell me what happened?

Bill: No, I, I, got told not to say anything more until I got a hold of someone in Edmonton.

Ron: You talked to a lawyer in Edmonton?

Bill: Yeah.

Ron: Alright. Okay. We'll conclude it there then.
(Pause) Ah, I'll just make some arrangements to get you transferred downtown.

Bill: Okay.

The Trial

The appellant was tried by Wachowich J. of the Court of Queen's Bench of Alberta, sitting with a jury, from January 12, 1987 to January 20, 1987. At the trial the Crown led circumstantial evidence implicating the appellant. On the fourth day of the trial, a *voir dire* was held concerning the statements made by the appellant to Detective Harris on the day of the arrest. After a lengthy *voir dire*, the learned trial judge held that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were violated, and the evidence of the statements was excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. After reviewing the facts of the case, and the applicable law in respect of s. 10 of the *Charter* as it was at that time, the trial judge made the following findings:

On the first reading of the exchange between Detective Harris and the Accused, it appears that the Accused was accorded his rights under Section 10(b). However, a more careful reading of this exchange having listened to the tape recording, and after hearing all the evidence on the *voir dire*, I find that the Accused's Section 10(b) rights were infringed. I rely on the following passage:

“Ron: Did you want to try and get a hold of one here.

Bill: Well. Do they have any free Legal Aid or anything like that up here.

Ron: I imagine they have a Legal Aid system in Manitoba. I'm . . .

Bill: (Unintelligible)

Ron: . . . not familiar with it but.

Bill: Won't be able to afford anyone hey? That's the main thing.”

[TRADUCTION]

Ron: Veux-tu, s'il te plaît, t'asseoir là. (Pause). O.K.
Bill, tu as eu la possibilité de parler à Mervin, ici.

Bill: Hum! hum!

^a Ron: Bon! Euh! Veux-tu continuer de me dire ce qui est arrivé?

Bill: Non, je, on m'a dit de ne rien dire de plus jusqu'à ce que j'aie rejoint quelqu'un à Edmonton.

^b Ron: Tu as communiqué avec un avocat d'Edmonton?

Bill: Ouais.

Ron: Très bien. O.K. Nous allons donc nous arrêter là.
(Pause). Euh! Je vais simplement prendre des dispositions pour te faire transférer au centre-ville.

^c Bill: D'accord.

Le procès

L'appelant a subi son procès devant le juge Wachowich de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et un jury, du 12 au 20 janvier 1987. Au procès, le ministère public a présenté une preuve circonstancielle qui incriminait l'appelant. Le quatrième jour du procès, il y a eu un *voir-dire* au sujet des déclarations que l'appelant a faites au détective Harris le jour de son arrestation. Après un long *voir-dire*, le juge du procès a conclu que les droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés et il a décidé d'écarter de la preuve ces déclarations conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Après avoir examiné les faits de l'espèce et l'état du droit applicable, à l'époque, concernant l'art. 10 de la *Charte*, le juge du procès a fait les constatations suivantes:

^g [TRADUCTION] À la première lecture de l'échange de propos intervenu entre le détective Harris et l'accusé, il semble que l'accusé a pu se prévaloir des droits que lui garantit l'al. 10b). Cependant, après avoir lu cette conversation plus attentivement, après avoir écouté l'enregistrement et avoir entendu toute la preuve du *voir-dire*, je conclus que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) ont été violés. Je me fonde sur le passage suivant:

«Ron: Voulais-tu essayer d'en rejoindre un d'ici?

Bill: Bien. Existe-t-il un système d'aide juridique ou quelque chose du genre ici?

Ron: Je suppose qu'il existe un système d'aide juridique au Manitoba. Je ne suis . . .

Bill: (Incompréhensible)

^j Ron: . . . pas très au courant du système, mais . . .

Bill: Je ne serai pas en mesure de m'en payer un, n'est-ce pas? Voilà le problème.»

In my view this response is equivocal. It relates to the subject of affordability. Upon reading these passages, I find that the Accused was essentially requesting the assistance of counsel but that he was unsure if he could afford one. Legal Aid was available from the evidence and merely a phone call away, as it became evident at the end of the interview when there was a direct request by the Accused for a lawyer. At that precise moment, being the exchange to which I have referred to, Detective Harris should have allowed the Accused sufficient opportunity to retain and instruct counsel without delay. [Emphasis added.]

The learned trial judge held that the proper course of conduct for the police officer would have been to assist the appellant in exercising the right to counsel by determining the availability of Legal Aid at that time, as he did later on at the end of the interrogation. In addition, the trial judge rejected the argument that the accused had waived his right to counsel. Once he found a restriction on the appellant's s. 10(b) *Charter* rights, the trial judge was of the view that the evidence ought to be excluded having regard to the importance of the right to counsel and the seriousness of the charge in this case. After the trial judge's ruling, the Crown closed its case and called no further evidence. Counsel for the appellant then moved that the case be taken away from the jury because there was no evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty. Crown counsel made no submissions in respect of the motion, and the trial judge, after considering the motion, instructed the jury to retire and return with a verdict of not guilty. The jury returned with a verdict of not guilty.

It is obvious that the disposition of this appeal must begin with an assessment of the findings of fact made by the learned trial judge. I should state at the outset that I am of the view that those findings should not be disturbed in this case. In this regard, I am in respectful disagreement with the majority of the Court of Appeal for Alberta. The key finding of the trial judge was that the appellant was essentially requesting the assistance

À mon avis cette réponse est ambiguë. Elle porte sur les moyens de se payer les services d'un avocat. À la lecture de ces extraits, je conclus que l'accusé demandait essentiellement à consulter un avocat, mais qu'il n'était pas certain de pouvoir en assumer le coût. Selon la preuve, il existait un service d'aide juridique et il suffisait d'appeler au téléphone pour s'en prévaloir, comme le démontre ce qui est survenu à la fin de l'interrogatoire quand l'accusé a expressément demandé l'assistance d'un avocat. À cet instant précis, c'est-à-dire, au moment de l'échange précité, le détective Harris aurait dû donner à l'accusé une possibilité suffisante d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. [Je souligne.]

Le juge du procès a conclu que l'agent de police aurait dû aider l'appelant à exercer son droit à l'assistance d'un avocat en vérifiant, dès ce moment, s'il existait un service d'aide juridique comme il l'a fait plus tard, à la fin de l'interrogatoire. De plus, le juge du procès a rejeté l'argument portant que l'accusé avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Après avoir conclu qu'une limite avait été imposée au droit que garantit à l'appelant l'al. 10b) de la *Charte*, le juge du procès a estimé qu'il fallait écarter la preuve en raison de l'importance du droit à l'assistance d'un avocat et de la gravité de l'accusation portée en l'espèce. Suite à la décision du juge du procès, le ministère public a déclaré sa preuve close et n'a plus présenté aucun autre élément de preuve. L'avocat de l'appelant a alors demandé que le jury soit dessaisi de l'affaire puisqu'il n'y avait pas de preuve qui pourrait permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de rendre un verdict de culpabilité. Le substitut du procureur général n'a pas contesté cette requête et, après l'avoir examinée, le juge du procès a donné comme directive au jury de se retirer et de revenir prononcer un verdict d'acquiescement. Le jury est revenu prononcer un verdict d'acquiescement.

Il est clair que la solution du présent pourvoi exige d'abord une évaluation des conclusions de fait du juge du procès. Je dirai dès le début que je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier ces conclusions en l'espèce. En toute déférence, je ne partage pas l'avis de la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta à cet égard. La constatation primordiale du juge du procès est que l'appelant demandait essentiellement à consulter un avocat, mais

of counsel, but that he considered his inability to afford a lawyer an impediment to the exercise of his right to retain and instruct counsel. It was in that factual context that the learned trial judge concluded that the police had a duty to provide the appellant with information about the availability of Legal Aid so that he could make an informed decision about whether or not he desired the assistance of counsel before proceeding with the interview.

In my view, the findings of fact on which the learned trial judge based his conclusions regarding the issues of the restriction to the right to counsel and the admissibility of the evidence should not be reversed. First, it cannot be said that there was an absence of foundation for his findings. The learned trial judge specifically adverted to the relevant factual background to the arrest, and quoted passages from the transcript of the interrogation. Second, the trial judge had the unique advantage of observing the witnesses who gave testimony on the *voir dire*, and perhaps more importantly, had the opportunity to listen to the tape recording of the interrogation. As a result, I conclude that the findings of fact made by the trial judge are sufficiently supported by the evidence before him, and therefore my consideration of the legal issues raised in this appeal is predicated on an acceptance of the facts as found by the learned trial judge, more particularly, that Brydges wanted counsel in the form of Legal Aid or duty counsel.

The Court of Appeal

A majority of the Court of Appeal for Alberta allowed a Crown appeal, and ordered a new trial: (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 330. McClung J.A., for the majority, directed that any *voir dire* into the admissibility of the appellant's statements in the new trial be confined to the issue of proof of voluntariness exclusive of any s. 10(b) *Charter* challenge. The majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in finding that the accused was requesting the assistance of coun-

qu'il estimait que son incapacité de se payer les services d'un avocat l'empêchait d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. C'est dans ce contexte que le juge du procès a conclu que les policiers avaient l'obligation de fournir à l'appelant des renseignements sur l'existence d'un service d'aide juridique afin de lui permettre de décider de manière éclairée s'il devait ou non recourir à l'assistance d'un avocat avant de subir l'interrogatoire.

À mon avis, il n'y a pas lieu d'infirmier les conclusions de fait qu'a tirées le juge du procès quant à la limite imposée au droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat et quant à l'admissibilité de la preuve. Premièrement, on ne saurait affirmer qu'elles ne sont pas justifiées. Le juge du procès a précisément tenu compte des circonstances de l'arrestation et il a cité des extraits de la transcription de l'interrogatoire. Deuxièmement, le juge du procès a eu l'avantage unique d'observer les témoins qui ont déposé lors du *voir-dire* et, ce qui compte peut-être davantage, il a eu l'occasion d'entendre l'enregistrement de l'interrogatoire. En conséquence, je suis d'avis que les conclusions de fait du juge du procès sont suffisamment justifiées par la preuve qui lui a été soumise; aussi mon analyse des questions de droit soulevées en l'espèce est fondée sur la reconnaissance des faits constatés par le juge du procès, plus particulièrement le fait que Brydges voulait bénéficier de l'assistance d'un avocat de l'aide juridique ou de celle d'un avocat de garde.

La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1987), 55 Alta. L.R. (2d) 330. Le juge McClung, qui a rédigé les motifs de la majorité, a ordonné que tout *voir-dire* sur l'admissibilité des déclarations de l'appelant qui pourrait avoir lieu au cours du nouveau procès se limite à la question de la preuve du caractère volontaire des déclarations à l'exclusion de toute contestation fondée sur l'al. 10b) de la *Charte*. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le juge du procès avait eu tort de conclure que l'accusé avait demandé l'assistance d'un avocat. Le juge McClung a même conclu que l'appelant avait

sel. Indeed McClung J.A. held that the appellant waived his right to counsel (at pp. 333-34):

The learned trial judge made two essential findings. Firstly, that the accused's response to the recital of his s. 10(b) rights was equivocal, holding that he did not waive his right to consult counsel and was only considering "affordability" of counsel. If it was merely equivocal the accused has not met the evidentiary onus. However, his response "Not right now, no" could not be equivocal. It was, in plain terms, his considered disclaimer of the assistance of counsel as he believed there was no reason for the assistance of counsel at that time. In my view his subsequent statements to Detective Harris escape Charter attack. Clearly the respondent elected to go it alone and continued to do so until the intensity of his interrogation led him to believe that it was time to request counsel. The interview then ceased and legal advice for him was arranged.

Therefore, the majority concluded that there was no restriction on the appellant's s. 10(b) rights.

The second "essential finding" dealt with by the majority concerned the application of s. 24(2) of the *Charter* in the event that an infringement did occur. McClung J.A. was of the view that before evidence can be excluded under s. 24(2), a causal connection must be established between the violation and the evidence obtained (at p. 334):

Before excluding under s. 24(2) of the Charter he [the trial judge] was obliged to determine if there was a causal link between the Charter infringement he found and the emergence of the ensuing conversation.

Although the majority found that no such causal link was established in this case, it also considered the central question of whether the evidence ought to have been excluded in any event. In this regard McClung J.A. reasoned as follows (at pp. 334-35):

... the impact upon the fairness of the trial of admitting the evidence had to be considered. Especially if the statement was otherwise free and voluntary. Was the

renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat (aux pp. 333 et 334):

[TRADUCTION] Le juge du procès a tiré deux conclusions fondamentales. D'abord, il a conclu que l'accusé avait réagi de façon ambiguë après avoir été informé des droits qui lui étaient garantis par l'al. 10b) et qu'il n'avait pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat, mais s'était seulement demandé s'il avait les moyens de se payer les services d'un avocat. Si sa réaction est simplement ambiguë, l'accusé n'a pas satisfait au fardeau de preuve. Cependant, sa réponse «Non, pas tout de suite» ne pouvait pas être ambiguë. C'était là, en termes clairs, une renonciation réfléchie de sa part à l'assistance d'un avocat puisqu'il croyait qu'il n'y avait pas de motif d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à ce moment-là. À mon avis, les déclarations subséquentes qu'il a faites au détective Harris ne sont pas contestables en vertu de la Charte. L'intimé a manifestement choisi de subir l'interrogatoire seul jusqu'à ce que l'intensité de l'interrogatoire l'amène à croire qu'il était temps de demander l'assistance d'un avocat. L'interrogatoire a alors pris fin et l'intimé a pu avoir recours à l'assistance d'un avocat.

En conséquence, les juges formant la majorité ont conclu que les droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10b) n'avaient fait l'objet d'aucune restriction.

La seconde «conclusion fondamentale» dont parle la cour à la majorité a trait à l'application du par. 24(2) de la *Charte* en cas d'atteinte. Le juge McClung s'est dit d'avis que pour pouvoir écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), il faut établir l'existence d'un lien de causalité entre la violation qui est survenue et les éléments de preuve obtenus (à la p. 334):

[TRADUCTION] Avant d'écarter la preuve en vertu du par. 24(2) de la Charte, il [le juge du procès] devait décider s'il y avait un lien de causalité entre la violation de la Charte qu'il avait constatée et la conversation qui s'est ensuivie.

Bien que la cour à la majorité ait conclu que l'existence de ce lien de causalité n'avait pas été établie en l'espèce, elle a également examiné la question primordiale de savoir s'il fallait quand même exclure la preuve. Voici le raisonnement du juge McClung sur ce point (aux pp. 334 et 335):

[TRADUCTION] ... il fallait tenir compte de l'effet que l'utilisation de la preuve aurait sur l'équité du procès, surtout si la déclaration avait par ailleurs été libre et

accused to be denied a fair hearing by receiving the evidence? This was beyond the preliminary issue of whether the conduct of Detective Harris was susceptible of discrediting the criminal justice system. It is difficult to answer either question in the affirmative.

A peace officer pursuing the investigation of a serious crime cannot rationally be expected to double as the legal advisor of his suspect. In an adversary system the police headquarters should not be confused with the legal aid office. The police have clear responsibilities under s. 10(b) of the Charter to bring information to detainees. But the obligation is finite.

I would hold that on the evidence the statement ought not to have been suppressed under the s. 10(b) infringement that was alleged If there was an infringement it did not create the dialogue between Harris and the respondent which followed. Nor would the admission of the conversation into evidence taint the fairness of the trial, if it is otherwise proven voluntary.

Haddad J.A. agreed with the disposition proposed by his colleague McClung J.A., but added that, in his view, the trial judge misconstrued the criteria to be applied when considering whether an accused does not understand the meaning of the rights accorded to him. For Haddad J.A. that lack of understanding, to trigger the duty on the police to further explain or assist the accused in exercising his rights, must be based on an absence of the capacity to comprehend due to a physical or mental infirmity. In the case at bar, since the record supported no finding that the appellant's capacity to comprehend was impaired, the duty on the police to further assist him never arose.

Harradence J.A. dissented from the majority of the Court of Appeal and would have upheld the trial judge's disposition of the issues. In his view, the case at bar was a case in which the record demonstrated that the appellant did not understand the meaning of the right to counsel. When the appellant expressed his concern about being able to afford a lawyer, it was incumbent on Detective Harris to inquire into the availability of Legal Aid in Manitoba. In this regard, Harradence J.A. observed at p. 337 that

volontaire. L'accusé serait-il privé d'un procès équitable si la preuve était utilisée? Cela allait au-delà de la question préliminaire de savoir si la conduite du détective Harris était susceptible de déconsidérer le système de justice criminelle. Il est difficile de répondre à l'une ou l'autre question par l'affirmative.

On ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un agent de la paix qui mène une enquête sur un crime grave fasse également fonction de conseiller juridique auprès du suspect. Dans un système contradictoire, il ne faut pas confondre le quartier général de la police avec le bureau de l'aide juridique. En vertu de l'al. 10b) de la Charte, les policiers ont nettement l'obligation d'informer les personnes qu'ils détiennent, mais cette obligation est limitée.

Je conclus que la preuve de la déclaration n'aurait pas dû être écartée à cause de la prétendue violation de l'al. 10b) [. . .] S'il y a eu violation, ce n'est pas elle qui a suscité le dialogue qui s'est ensuivi entre Harris et l'intimé. L'utilisation de la preuve de cette conversation ne porterait pas atteinte à l'équité du procès si, par ailleurs, il était prouvé qu'elle a été faite volontairement.

Le juge Haddad a souscrit à l'avis de son collègue le juge McClung sur la façon de disposer de l'appel, mais il a ajouté que, selon lui, le juge du procès avait mal interprété le critère à appliquer pour décider si l'accusé ne comprend pas le sens des droits qui lui sont conférés. Selon le juge Haddad, pour donner naissance à l'obligation du policier d'expliquer davantage ou à celle d'aider l'accusé à exercer ses droits, il aurait fallu que cette incompréhension résulte d'une déficience mentale ou physique. Puisque rien dans le dossier soumis en l'espèce ne permet de conclure que la capacité de comprendre de l'appellant ait été affaiblie, l'obligation des policiers de l'aider davantage n'a jamais pris naissance.

Le juge Harradence a exprimé une dissidence par rapport à l'opinion des juges formant la majorité de la Cour d'appel et aurait confirmé la décision du juge du procès sur les questions soulevées. À son avis, il s'agissait d'une affaire où le dossier démontrait que l'appellant n'avait pas compris le sens du droit à l'assistance d'un avocat. Quand l'appellant s'est inquiété de savoir s'il pouvait se payer les services d'un avocat, le détective Harris avait l'obligation de s'enquérir s'il existait un service d'aide juridique au Manitoba. Sur ce point, le juge Harradence fait remarquer, à la p. 337, que

[t]he alacrity with which counsel was produced *after the respondent's statement was recorded* demonstrates that such information was readily at hand. [Emphasis in original.]

In the view of Harradence J.A., when it became clear that the appellant did not have or know a lawyer, and that he believed his right to retain a lawyer depended on affordability, the police should have advised him of how he could contact a lawyer and should have informed him that if he could not afford one then Legal Aid was available.

On the issue of waiver, Harradence J.A. held that since the appellant did not fully understand the meaning of his *Charter* rights, it could not be said that he was capable of waiving them, at least as that term was described in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383. In so far as the statements were obtained as a direct consequence of the violation of the *Charter*, s. 24(2) was necessarily triggered. In upholding the trial judge's decision to exclude the evidence of the statements, Harradence J.A. described the violation of the appellant's rights as a very serious error on the part of the police. In view of the fact that the evidence was self-incriminating and that there was no urgency in questioning the appellant, Harradence J.A. concluded that to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. He, therefore, held that the evidence was properly excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Analysis

Section 10(b) of the *Charter* reads as follows:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

This Court has on numerous occasions stated that the proper approach to interpreting the meaning of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* is to adopt a purposive analysis: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In respect

[TRADUCTION] [1] la rapidité avec laquelle on a pu trouver un avocat *après l'enregistrement de la déclaration de l'intimé* démontre que ces renseignements étaient faciles à trouver. [En italique dans l'original.]

^a De l'avis du juge Harradence, quand il est devenu clair que l'appelant n'avait pas d'avocat et qu'il n'en connaissait aucun, et que l'appelant a cru que son droit à l'assistance d'un avocat dépendait de sa capacité de le payer, les policiers auraient dû indiquer à l'appelant comment communiquer avec un avocat et lui dire que s'il n'avait pas les moyens d'en assumer le coût, il pouvait avoir recours à l'aide juridique.

^c Au sujet de la renonciation, le juge Harradence a conclu que, puisque l'appelant n'avait pas saisi pleinement le sens des droits que la *Charte* lui garantissait, on ne pouvait dire qu'il était en mesure d'y renoncer, du moins pas dans le sens que l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, donne à ce terme. Puisque les déclarations découlaient directement de la violation de la *Charte*, le par. 24(2) s'appliquait nécessairement. En confirmant la décision du juge du procès d'écarter la preuve des déclarations, le juge Harradence a qualifié la violation des droits de l'appelant d'erreur très grave de la part des policiers. Parce que la preuve était incriminante et qu'il n'y avait pas d'urgence à interroger l'appelant, le juge Harradence a conclu que l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Il a donc conclu que la preuve avait été écartée à bon droit en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

L'analyse

L'alinéa 10b) de la *Charte* est ainsi conçu:

^h 10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

ⁱ b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

Notre Cour a affirmé à maintes reprises qu'il y a lieu d'interpréter le sens des droits et libertés garantis par la *Charte* selon une méthode fondée sur l'objet visé: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Quant à l'art. 10 de la

of s. 10 of the *Charter*, this Court has made clear that the right to counsel is, to cite the words of Wilson J. in *Clarkson, supra*, at p. 394, aimed “at fostering the principles of adjudicative fairness”, one of which is “the concern for fair treatment of an accused person”. It is of note that the right to counsel is triggered “on arrest or detention”. Fair treatment of an accused person who has been arrested or detained necessarily implies that he be given a reasonable opportunity to exercise the right to counsel because the detainee is in the control of the police, and as such is not at liberty to exercise the privileges that he otherwise would be free to pursue. There is a duty then, on the police to facilitate contact with counsel because, as I stated in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43:

The purpose of the right to counsel is to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to this advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence.

As a result, s. 10(b) of the *Charter* imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform the detainee of his rights. First the police must give the accused or detained person a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel, and second, the police must refrain from questioning or attempting to elicit evidence from the detainee until the detainee has had that reasonable opportunity. The second duty includes a bar on the police from compelling the detainee to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until the person has had a reasonable opportunity to exercise the right to counsel: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12.

Charte, la Cour a clairement affirmé que le droit à l'assistance d'un avocat vise, selon l'expression du juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson*, précité, à la p. 394, «à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel» et que ce principe comporte notamment «le souci de traiter équitablement une personne accusée». Il y a lieu de souligner que le droit à l'assistance d'un avocat prend naissance «en cas d'arrestation ou de détention». Traiter équitablement une personne accusée ou détenue signifie nécessairement qu'il faut lui donner une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat parce que la personne détenue est à la merci des policiers et que, de ce fait, elle n'a pas la liberté d'exercer les privilèges qu'elle pourrait par ailleurs exercer. Il existe donc une obligation pour les policiers de faciliter la communication avec un avocat puisque, comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243:

Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits. [. . .] Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve.

En conséquence, l'al. 10b) de la *Charte* impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer le détenu de ses droits. D'abord, les policiers doivent donner à la personne accusée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer le droit de recourir à l'assistance d'un avocat, puis les policiers doivent s'abstenir de questionner la personne ou d'essayer de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable. La deuxième obligation comporte notamment l'interdiction faite aux policiers de forcer la personne détenue à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès, jusqu'à ce que cette personne ait eu une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 12.

It is the case, however, that the rights set out in the *Charter* are not absolute. Indeed, this Court has held that the right to retain and instruct counsel must be exercised diligently by the detainee. If the detainee is not diligent, then the correlative duties on the police are suspended: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435. What constitutes reasonable diligence on the part of the detainee has been considered by this Court in *R. v. Ross*, *supra*, at p. 11:

Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one's counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

A detainee may, either explicitly or implicitly, waive his right to retain and instruct counsel, although the standard will be very high where the alleged waiver is implicit. A majority of this Court in *Clarkson*, *supra*, concluded as follows in respect of a waiver of the right to counsel at pp. 394-95, a passage that has been cited with approval in subsequent cases dealing with s. 10(b):

... it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she is saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". [Emphasis in original.]

This then, briefly stated, is a summary of the principles developed thus far by this Court in respect of the scope of s. 10(b) of the *Charter*.

Il est cependant reconnu que les droits énoncés dans la *Charte* ne sont pas absolus. En effet, notre Cour a statué que le détenu doit exercer avec diligence le droit à l'assistance d'un avocat. Si le détenu ne fait pas preuve de diligence, alors les obligations correspondantes des policiers sont suspendues: *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435. La Cour a examiné ce qui constitue de la diligence raisonnable de la part d'un détenu dans l'arrêt *R. c. Ross*, précité, à la p. 11:

La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

Un détenu peut renoncer expressément ou implicitement à son droit à l'assistance d'un avocat, quoique la norme sera très stricte quand la prétendue renonciation est implicite. Dans l'arrêt *Clarkson*, précité, la Cour, à la majorité, a conclu ce qui suit au sujet de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, aux pp. 394 et 395, ce passage ayant été cité et approuvé dans d'autres affaires relatives à l'al. 10b):

... il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «... il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». [Souligné dans l'original.]

Voilà un résumé des principes établis à ce jour par notre Cour au sujet de l'application de l'al. 10b) de la *Charte*.

In applying these principles to the case at bar, I must once again state that I accept the findings of fact made by the trial judge. The learned trial judge concluded that the appellant was essentially requesting the assistance of counsel, but felt that his inability to afford a lawyer was an impediment to the exercise of his right to retain one. As I noted above, the trial judge had the unique advantage of hearing from witnesses on the *voir dire*, and more importantly, listened to the tape recording of the interrogation of the accused. In light of these circumstances, I am of the view that the learned trial judge's findings should not be disturbed. The majority of the Court of Appeal took a different view. McClung J.A. held that the appellant waived his right to retain and instruct counsel when he responded "Not right now, no" to the query about whether there was a reason for him to want to talk to a lawyer. McClung J.A. stated that the appellant "elected to go it alone and continued to do so until the intensity of his interrogation led him to believe that it was time to request counsel" (p. 334). The extract referred to by the majority of the Court of Appeal must, however, be read having regard to the entire context of the interrogation. The comment referred to takes place immediately after the appellant requested information about Legal Aid, and expressed his concern about being able to afford a lawyer. In that context, the appellant specifically stated that "the main thing" was that he was unable to afford counsel. The trial judge found that this amounted to a request for counsel. The appellant, however, was left with the mistaken impression that his inability to afford a lawyer prevented him from exercising his right to counsel. I agree with Harradence J.A. in dissent that in this context the appellant did not understand the full meaning of his right to counsel. In this respect, it can hardly be said that the appellant was in a position to carefully consider the consequences of waiving that which he did not understand. I am therefore of the view that the appellant, given the standard for waiver set out by this Court in *Clarkson* and subsequent cases, did not waive his right to retain and instruct counsel.

Au moment d'appliquer ces principes à l'espèce, je dois répéter que je souscris aux conclusions de fait auxquelles le juge du procès est arrivé. Le juge du procès a conclu que l'appellant demandait essentiellement l'assistance d'un avocat, mais qu'il estimait que son incapacité de se payer les services d'un avocat l'empêchait d'exercer son droit d'y recourir. Comme je l'ai déjà mentionné ici, le juge du procès a eu l'avantage unique d'entendre les témoins lors du voir-dire et, qui plus est, il a entendu l'enregistrement de l'interrogatoire de l'accusé. Compte tenu de ces circonstances, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier les conclusions du juge du procès. La Cour d'appel, à la majorité, a adopté un point de vue différent. Le juge McClung a conclu que l'appellant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat en répondant «Non, pas tout de suite» quand on lui a demandé s'il jugeait nécessaire d'en consulter un. Le juge McClung a dit que l'appellant a [TRADUCTION] «choisi de subir l'interrogatoire seul jusqu'à ce que l'intensité de l'interrogatoire l'amène à croire qu'il était temps de demander l'assistance d'un avocat» (p. 334). Ce passage mentionné par la Cour d'appel à la majorité doit cependant être interprété dans le contexte de l'ensemble de l'interrogatoire. Cette observation a été faite immédiatement après que l'appellant eut demandé des renseignements au sujet de l'aide juridique et qu'il se fut inquiété de sa capacité de se payer les services d'un avocat. Dans ce contexte, l'appellant a précisé que «le problème» était qu'il n'avait pas les moyens de se payer un avocat. Le juge du procès a conclu que cette réponse équivalait à une demande d'assistance d'un avocat. L'appellant a été laissé sur sa fausse impression que son incapacité de se payer les services d'un avocat l'empêchait d'exercer son droit à cette assistance. Je suis d'accord avec le juge Harradence, dissident en Cour d'appel, pour dire que dans ces circonstances l'appellant n'a pas saisi tout le sens de son droit à l'assistance d'un avocat. Sous ce rapport, on ne saurait guère affirmer que l'appellant était en mesure d'analyser soigneusement les conséquences de la renonciation à ce droit qu'il ne comprenait pas. Je suis donc d'avis que, vu la norme que notre Cour a fixée à l'égard d'une renonciation dans l'arrêt *Clarkson* et dans les arrêts subséquents, l'appellant n'a pas renoncé à son droit de recourir à l'assistance d'un avocat.

Once the appellant in effect requested the assistance of counsel it was incumbent on the police officer to facilitate contact with counsel by giving the appellant a reasonable opportunity to exercise his right to counsel. On the specific facts of this case, the Court is faced with the following question: when an accused expresses a concern that his inability to afford a lawyer is an impediment to the exercise of the right to counsel, is there a duty on the police to inform him of the existence of duty counsel and the ability to apply for Legal Aid? In my view there is. I say this because imposing this duty on the police in these circumstances is consistent with the purpose underlying the right to retain and instruct counsel. A detainee is advised of the right to retain and instruct counsel without delay because it is upon arrest or detention that an accused is in immediate need of legal advice. As I stated in *Manninen, supra*, at p. 1243, one of the main functions of counsel at this early stage of detention is to confirm the existence of the right to remain silent and to advise the detainee about how to exercise that right. It is not always the case that immediately upon detention an accused will be concerned about retaining the lawyer that will eventually represent him at a trial, if there is one. Rather, one of the important reasons for retaining legal advice without delay upon being detained is linked to the protection of the right against self-incrimination. This is precisely the reason that there is a duty on the police to cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel.

On the facts of the case at bar, it is clear that the advice the appellant received from the Legal Aid lawyer he spoke to was to the effect that, and this was a situation which is not always the case, he should rest on his right not to make any more statements until he spoke to a lawyer in Edmonton. In retrospect, had the appellant been informed of the availability of duty counsel or Legal Aid at the time that he first raised a concern about affordability, the subsequent interrogation may never have taken place. In this regard I refer to the case of *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1, an oral

Dès que l'appelant a demandé l'assistance d'un avocat, le policier avait l'obligation de lui faciliter la communication avec un avocat en lui donnant une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour doit trancher la question suivante: quand un accusé s'inquiète de ce que son incapacité de se payer les services d'un avocat l'empêche d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat, les policiers sont-ils tenus de l'informer de l'existence d'avocats de garde et de la possibilité de demander l'aide juridique? À mon avis, oui. Je dis cela parce que l'imposition de cette obligation aux policiers dans ces circonstances est compatible avec l'objet fondamental du droit à l'assistance d'un avocat. Une personne détenue est informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat parce que c'est en cas d'arrestation ou de détention qu'un accusé a immédiatement besoin de conseils juridiques. Ainsi que je l'ai dit dans l'arrêt *Manninen*, précité, à la p. 1243, une des fonctions principales de l'avocat, à cette étape initiale de la détention, est de confirmer l'existence du droit de garder le silence, puis de conseiller la personne détenue sur la manière de l'exercer. Il n'arrive pas toujours qu'un accusé se soucie, dès qu'il est placé en détention, de retenir les services de l'avocat qui le représentera éventuellement à son procès, si procès il y a. L'une des raisons majeures d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat après avoir été placé en détention tient plutôt à la protection du droit de ne pas s'incriminer. C'est précisément la raison pour laquelle les policiers ont l'obligation de cesser de questionner la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Selon les faits de l'espèce, il est évident que l'avocat de l'aide juridique à qui l'appelant a parlé lui a conseillé, et il s'agissait là d'une situation exceptionnelle, de se prévaloir de son droit de ne pas faire d'autres déclarations jusqu'à ce qu'il ait consulté un autre avocat à Edmonton. On constate après coup que si l'appelant avait été informé de la possibilité de recourir à un avocat de garde ou à l'aide juridique dès l'instant où il s'est demandé s'il avait les moyens de se payer les services d'un avocat, l'interrogatoire survenu par la suite n'aurait peut-être jamais eu lieu. Sur ce point, je cite la

judgment by Watt J. of the Ontario High Court. In that case, the accused entered a police station and reported that he had killed two people. He was bleeding profusely from both hands and was taken to hospital so that he could be tended to. The accused was advised of his right to retain and instruct counsel and that he had a right to remain silent. The police then conducted two taped interviews with the accused. In the second interview, in response to the police officer's questions, the accused indicated that he had a lawyer but that he did not want the officer to contact the lawyer because he could not afford to pay him. The second interview continued despite the accused asserting that he had nothing further to say. The officer, although he was aware of the existence of the Ontario Legal Aid Plan and the availability of duty counsel, did not advise the accused of these. The accused testified that had he received the advice of counsel, he might not have continued with the second interview. I reproduce the start of the second interview in order to contextualize the facts:

Adair: Okay, you indicated ah, earlier, that you didn't want me to try and contact ah, legal counsel for you. Ah, would you tell me now who you(r) counsel is? Do you have a lawyer?

Parks: No.

Adair: You don't have one. You don't want me to make any . . .

Parks: Not in this case no.

Adair: Not in this case?

Parks: Like I have a lawyer for my, my other case.

Adair: What's his name?

Parks: Gary McNeilly.

Adair: Gary McNeilly, you don't want me to attempt to notify him?

Parks: No, I can't afford to pay him.

Adair: Okay. Is there anything else you want to discuss at this time.

Parks: No sir. [Emphasis in original.]

décision *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1, rendue oralement par le juge Watt de la Haute Cour de l'Ontario. Dans cette affaire, l'accusé s'était présenté au poste de police et avait déclaré avoir tué deux personnes. Comme il saignait abondamment des deux mains, on l'a amené à l'hôpital pour qu'il y soit traité. L'accusé a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et de celui de garder le silence. Les policiers ont ensuite fait subir à l'accusé deux interrogatoires enregistrés sur ruban magnétique. Au cours du second interrogatoire, l'accusé a répondu à une question du policier en disant qu'il avait un avocat, mais qu'il ne voulait pas que le policier entre en communication avec lui parce qu'il n'avait pas les moyens d'assumer le coût de ses services. Le second interrogatoire s'est poursuivi malgré que l'accusé ait affirmé qu'il n'avait rien à ajouter. Bien qu'il ait connu l'existence du régime ontarien d'aide juridique et la possibilité de recourir aux services d'avocats de garde, le policier n'en a pas informé l'accusé. L'accusé a témoigné que s'il avait bénéficié de l'assistance d'un avocat, il n'aurait peut-être pas continué de subir le second interrogatoire. Je cite ici le début du second interrogatoire pour bien situer les faits:

[TRADUCTION]

f Adair: Bon! vous avez dit euh! plus tôt que vous ne vouliez pas que j'essaie de communiquer avec euh! un avocat pour vous. Euh! Pourriez-vous maintenant me dire le nom de votre avocat? Avez-vous un avocat?

g Parks: Non.

Adair: Vous n'en n'avez pas. Vous ne voulez pas que je prenne . . .

Parks: Non, pas dans ce cas-ci.

Adair: Pas dans ce cas-ci?

h Parks: Comme j'ai un avocat pour, pour mon autre affaire.

Adair: Comment s'appelle-t-il?

Parks: Gary McNeilly.

i Adair: Gary McNeilly, vous ne voulez pas que j'essaie de le prévenir?

Parks: Non, je n'ai pas les moyens de me payer ses services.

j Adair: Bon! Y a-t-il autre chose dont vous voudriez parler maintenant?

Parks: Non, monsieur. [Souligné dans l'original.]

After that exchange the interview continued. Watt J., in his reasons in respect of an alleged s. 10(b) violation, analyzed the events as follows (at p. 13):

A careful examination of the discussion of counsel in the second interview . . . satisfies me that special circumstances then arose which demonstrated a failure of understanding on the part of the accused of the nature and scope of his sub-s. 10(b) rights and obliged investigating officers to furnish further information and explanation of what is meant by the right to counsel in sub-s. 10(b).

The accused, in the condition earlier described, apprised the officers that he had a lawyer for his other case, an allegation, apparently, of fraud. He identified counsel at the request of the officer and, in answer to a somewhat leading question, namely, ". . . you don't want me to attempt to notify him?", responded, "No. I can't afford to pay him". In the singular circumstances here apposite, the investigating officer should have apprised the accused of the Ontario Legal Aid Plan and, more particularly, the availability, irrespective of means and whether legal aid is ultimately given, of duty counsel to advise accused persons in circumstances such as those in the present case. I do not suggest that such obligation arises in the majority of cases, *a fortiori*, as an inexorable consequence of the information component of the constitutional guarantee of sub-s. 10(b). Nor do I suggest that the investigating officers should double as the accused's legal adviser. In the present circumstances, however, it was incumbent upon the investigating officer to provide further information of the nature earlier described to render adequate and constitutionally sufficient the accused's understanding of his right to retain and instruct counsel. It may well be that, apprised of such information, the accused would, nonetheless, choose not to speak with counsel but continue to answer police questions. He was not, however, given the wherewithal to make such a decision. He should have been and, in my respectful view, the failure to do so infringed his right to be informed of the nature and extent of his sub-s. 10(b) rights. [Emphasis added.]

In my view, the reasoning of Watt J. is sound and is equally applicable to the facts of the case before this Court. In both cases the accused expressed the

Après cet échange de propos, l'interrogatoire s'est poursuivi. Dans la partie de ses motifs qui portent sur la prétendue violation de l'al. 10b), le juge Watt analyse ces événements comme ceci (à la p.

a 13):

[TRADUCTION] Une analyse minutieuse de la discussion relative aux services de l'avocat dans le second interrogatoire [. . .] me convainc qu'il s'est alors produit des événements spéciaux [. . .] qui démontraient que l'accusé ne saisissait pas la nature et la portée des droits que lui conférait l'al. 10b) et qui obligeaient les policiers enquêteurs à donner des renseignements et des explications supplémentaires sur le sens du droit à l'assistance d'un avocat conféré par l'al. 10b).

c Dans les circonstances décrites plus tôt, l'accusé a informé les policiers qu'il avait un avocat pour son autre affaire, qui serait semble-t-il une accusation de fraude. Il a donné le nom de l'avocat, à la demande du policier et, en réponse à une question quelque peu suggestive, c'est-à-dire «[. . .] vous ne voulez pas que j'essaie de le prévenir?», il a répondu «Non, je n'ai pas les moyens de me payer ses services.» Dans les circonstances particulières de l'espèce, le policier enquêteur aurait dû renseigner l'accusé sur le régime d'aide juridique de l'Ontario et, plus précisément, sur la disponibilité de services, indépendamment des ressources et de l'admissibilité à l'aide juridique, d'avocats de garde qui peuvent conseiller les personnes accusées dans des circonstances comme celles de l'espèce. Je n'affirme pas que cette obligation naît dans la majorité des cas, encore moins, qu'elle découle forcément de l'obligation d'informer qui comporte la garantie constitutionnelle de l'al. 10b). Je n'affirme pas non plus que les policiers enquêteurs doivent faire également fonction de conseillers juridiques auprès de l'accusé. Dans les circonstances de l'espèce cependant, le policier enquêteur avait l'obligation de fournir les renseignements supplémentaires du genre mentionné plus tôt pour rendre adéquate et suffisante sur le plan constitutionnel la compréhension que l'accusé avait de son droit à l'assistance d'un avocat. Il se pourrait bien qu'après avoir obtenu ces renseignements, l'accusé aurait quand même choisi de ne pas consulter un avocat et de continuer à répondre aux questions des policiers. On ne lui a cependant pas donné les moyens de prendre une telle décision. On aurait dû le faire et, à mon avis, cette omission a violé son droit d'être informé de la nature et de la portée de ses droits en vertu de l'al. 10b). [Je souligne.]

j À mon avis, le raisonnement du juge Watt est bon et il s'applique aussi aux faits du dossier qui nous est soumis. Dans les deux cas, l'accusé a men-

belief that an inability to afford counsel acted as an impediment to the exercise of the right to retain and instruct counsel. In *Parks*, the officer was aware of the existence of Legal Aid and of duty counsel. In the case at bar, the investigating officer was from out of province, and understandably was not aware of the specific provisions that Manitoba had set up in respect of duty counsel or Legal Aid. As Harradence J.A. observes in dissent, however, the information was readily at hand at the police detachment from the officers who were from Manitoba, and who were acquainted with the province's Legal Aid scheme. In my view, Watt J. is correct in concluding that in circumstances where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel. It is interesting that Watt J. refers specifically to the link between the accused's right to a full understanding of the right to counsel and the accused's decision regarding whether he should continue to answer questions from police. This link is directly related to one of the purposes underlying the right to counsel that I mentioned earlier, namely the immediate need for access to counsel upon detention so the detainee can receive advice in respect of the existence of the right to remain silent and how to exercise that right. It is especially noteworthy in this context, that the function of duty counsel has been described by James Wilkins in his book *Legal Aid in the Criminal Courts* (1975), at p. 12, as "intended to provide the accused with immediate but temporary legal advice and assistance". [Emphasis added.] The decision to retain counsel is, of course, one that remains with the detainee.

The case at bar is one, like *Parks*, where the accused was clearly interested in obtaining counsel, but mistakenly believed that his right to retain a lawyer was contingent on affordability. The failure of the police to inform the appellant of the existence of Legal Aid or duty counsel at the time

tionné qu'il croyait que l'incapacité d'assumer les frais d'un avocat constituait un obstacle à l'exercice du droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Dans la décision *Parks*, le policier connaissait l'existence de l'aide juridique et des avocats de garde. En l'espèce, le policier enquêteur venait d'une autre province et il est compréhensible qu'il n'ait pas connu les dispositions exactes que le Manitoba avait prises à l'égard des avocats de garde ou de l'aide juridique. Toutefois, ainsi que le juge Harradence le fait observer dans ses motifs de dissidence, ces renseignements pouvaient facilement être obtenus au poste de police, auprès des autres agents qui venaient du Manitoba et qui connaissaient le régime d'aide juridique de la province. À mon avis, le juge Watt a raison de conclure que, lorsqu'un accusé s'inquiète de ce que le droit à l'assistance d'un avocat dépende de la capacité d'en assumer les frais, les policiers ont l'obligation de l'informer de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de garde et de la possibilité d'y recourir. Il vaut la peine de souligner que le juge Watt mentionne expressément le lien entre le droit de l'accusé de saisir pleinement le droit à l'assistance d'un avocat et sa décision de continuer ou non de répondre aux questions posées par les policiers. Ce lien se rattache directement à l'un des objets fondamentaux du droit à l'assistance d'un avocat que j'ai mentionnés plus tôt, soit le besoin immédiat qu'a une personne placée en détention d'avoir accès à un avocat afin d'obtenir des conseils sur son droit de garder le silence et sur la manière d'exercer ce droit. Dans ce contexte, il vaut particulièrement la peine de souligner que James Wilkins, dans son ouvrage intitulé *Legal Aid in the Criminal Courts* (1975), à la p. 12, a décrit le rôle de l'avocat de garde comme: [TRADUCTION] «consistant à fournir à l'accusé des conseils et de l'aide juridiques immédiats, mais temporaires». [Je souligne.] Il va de soi qu'il incombe à la personne détenue de décider de recourir ou non à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Parks*, l'accusé était nettement intéressé à recourir à l'assistance d'un avocat, mais il a cru à tort que ce droit dépendait de sa capacité d'en défrayer les services. L'omission des policiers d'informer l'appelant de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de

that he first indicated a concern about his ability to pay a lawyer, was a restriction on the appellant's right to counsel, in so far as the appellant was left with an erroneous impression of the nature and extent of his s. 10(b) rights. As a result, I would conclude, along with the trial judge and Harradence J.A. in dissent at the Court of Appeal, that the appellant's s. 10(b) rights were violated.

In respect of the exclusion of the statements under s. 24(2) of the *Charter*, I would note that the majority of the Court of Appeal erred in concluding that the appellant needed to demonstrate a causal link between the *Charter* infringement and the evidence obtained thereby. This Court has clearly established in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, that a requirement of strict causation is not appropriate under s. 24(2). Rather, s. 24(2) is implicated as long as a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. In the case at bar there is no doubt that the statements were obtained in the course of the violation of s. 10(b) of the *Charter*. As regards the test set out to determine whether the admission of the evidence obtained in violation of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute, I note the following. First, the nature of the evidence obtained was conscripted or self-incriminatory evidence whose admission would normally render a trial unfair. The fairness of the trial would be adversely affected since, in the words of Wilson J. in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at p. 160, "the admission of the statement would infringe on the appellant's right against self-incrimination, a right which could have been protected had the appellant had an opportunity to consult counsel". Second, in terms of the seriousness of the violation, although it cannot be said that the conduct of the officer was flagrant or blatant, it was a serious error not to inform the appellant of the existence of Legal Aid or duty counsel especially when the appellant explicitly raised the issue, and in light of the fact that such information was readily at hand. Finally, in balancing the admission of the evidence against the exclusion of the evidence, I note that the

garde au moment où il s'est inquiété, pour la première fois, de sa capacité d'assumer le coût des services d'un avocat, a constitué une restriction au droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat dans la mesure où l'appelant a été laissé sous une fausse impression relativement à la nature et à la portée de ses droits en vertu de l'al. 10b). En conséquence, je suis d'avis de conclure, à l'instar du juge du procès et du juge Harradence, dissident en Cour d'appel, qu'il y a eu violation des droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10b).

Quant à l'exclusion des déclarations en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, je note que les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant que l'appelant devait établir l'existence d'un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention d'éléments de preuve qui s'est ensuivie. Notre Cour a nettement établi, dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, qu'il ne convient pas d'exiger un lien strict de causalité en vertu du par. 24(2). Au contraire, le par. 24(2) s'applique dès qu'il y a violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention d'éléments de preuve. En l'espèce, il n'y a pas de doute que les déclarations ont été obtenues à l'occasion d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Pour ce qui est du critère établi pour déterminer si l'utilisation de la preuve obtenue en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, je fais observer ce qui suit. D'abord, la preuve obtenue était une preuve de nature incriminatoire pour l'accusé, dont l'utilisation rendrait normalement le procès inéquitable. Il y aurait atteinte à l'équité du procès puisque, pour reprendre les termes utilisés par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, à la p. 160, «l'utilisation de la déclaration violerait le droit de l'appelant de ne pas s'incriminer, lequel droit aurait pu être protégé si l'appelant avait eu la possibilité de consulter un avocat». Quand à la gravité de la violation, quoiqu'on ne puisse affirmer que la conduite de l'agent de police ait été flagrante ou criante, c'était une erreur grave de ne pas informer l'appelant de l'existence de l'aide juridique ou d'avocats de garde, étant donné surtout que l'appelant avait expressément soulevé la question et compte tenu du fait que ces renseignements étaient à la portée de la main. Enfin, en soupesant l'utili-

Crown concedes that the statements at most represent evidence of consciousness of guilt and admissions of recent possession of property stolen from the home of the victim. In addition, this Court has repeatedly held that the mere fact that an accused is charged with a serious offence provides no justification for admitting the evidence where there has been a serious *Charter* violation and the admission of the evidence would affect the fundamental fairness of the trial: see *Black, supra*, at p. 160, and also *Manninen, supra*, at p. 1246. I would conclude, therefore, that the evidence obtained as a result of the s. 10(b) violation was properly excluded by the trial judge.

Although my reasons thus far are sufficient to dispose of this appeal in favour of the appellant, I feel compelled to make certain comments on the broader question raised by Watt J. in *Parks, supra*, namely whether it should be part of the information component of the constitutional guarantee under s. 10(b) that accused persons should be told as a matter of routine in all cases of arrest or detention of the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans. In my view, it is consistent with the purpose underlying s. 10(b) of the *Charter* to impose that duty on the police in all cases of detention. I find it necessary to address this issue because otherwise, among other reasons, there is an element of uncertainty facing law enforcement officials as a result of the disposition of this appeal. Although in a case like *Parks* or the case at bar, it is clear that the accused expressed a concern about the inability to afford counsel acting as an impediment to the exercise of the right to counsel, that will not be the case in all situations. For example, there may be cases where the detainee does not explicitly ask for or about Legal Aid, but still expresses a concern about affordability of counsel. Additionally, there may be cases where a detainee says nothing about his inability to afford counsel because he believes it is a forgone conclusion that unless he can afford a lawyer, there is no other way to exercise the right to retain and instruct counsel. Thus, police officers would be put in the difficult position of having to judge, on the spot, whether a person has expressed concerns about affordability or whether there should be

sation et l'exclusion de la preuve, je souligne que le ministère public reconnaît que les déclarations constituent tout au plus la preuve d'un sentiment de culpabilité et des aveux de possession récente d'objets volés chez la victime. De plus, notre Cour a statué à maintes reprises que le simple fait qu'une personne soit accusée d'une infraction grave ne justifie pas l'utilisation de la preuve lorsqu'il y a eu violation grave de la *Charte* et que l'utilisation de la preuve nuirait à l'équité fondamentale du procès: voir les arrêts *Black*, précité, à la p. 160, et *Manninen*, précité, à la p. 1246. Je suis donc d'avis que le juge du procès a eu raison d'écarter les éléments de preuve obtenus par suite de la violation de l'al. 10b).

Bien que les motifs que j'ai rédigés jusqu'à présent suffisent pour trancher le pourvoi en faveur de l'appelant, je me sens tenu de faire certaines observations sur la question plus générale soulevée par le juge Watt dans la décision *Parks*, précitée, savoir si l'obligation d'informer que comporte la garantie constitutionnelle de l'al. 10b) devrait consister à dire systématiquement aux personnes accusées dans tous les cas d'arrestation ou de détention qu'il existe des régimes d'aide juridique et d'avocats de garde et qu'elles peuvent y recourir. À mon avis, il est compatible avec l'objet de l'al. 10b) de la *Charte* d'imposer cette obligation aux policiers dans tous les cas de détention. Je crois qu'il est nécessaire d'aborder cette question car, autrement, il subsisterait notamment, après le présent arrêt, un doute chez ceux qui sont chargés d'appliquer la loi. Bien que dans un cas comme l'affaire *Parks* ou la présente affaire, il ressort nettement que l'accusé s'est inquiété de ce que son incapacité d'assumer le coût des services d'un avocat constitue un obstacle à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, il peut arriver que la personne détenue ne demande pas expressément d'avoir recours à l'aide juridique ou ne demande même pas s'il existe un tel service, tout en s'inquiétant de sa capacité d'assumer le coût des services d'un avocat. De plus, il se peut qu'une personne détenue ne parle pas de son incapacité de se payer un avocat parce qu'elle croit qu'il est à prévoir qu'à moins d'avoir les moyens de le faire il n'y aura aucune autre façon d'exercer son droit à l'assis-

further inquiries made of a detainee who does not express concerns about affordability but whom the police officer suspects may be indigent and in need of duty counsel or Legal Aid. In fact, it is most often the indigent and the disadvantaged in our society that are not as aware of the schemes that the State has set up on their behalf. In this respect I quote from the landmark decision of the United States Supreme Court in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at p. 473:

The warning of a right to counsel would be hollow if not couched in terms that would convey to the indigent — the person most often subjected to interrogation — the knowledge that he too has a right to have counsel present. As with the warnings of the right to remain silent and of the general right to counsel, only by effective and express explanation to the indigent of this right can there be assurance that he was truly in a position to exercise it.

In my view then, these policy concerns in respect of making police officers' duties under the *Charter* clear and of ensuring that all detainees are made aware of the existence of duty counsel and Legal Aid, complement each other, and support the view that information about the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans should be part of the standard s. 10(b) caution upon arrest or detention.

I also find support for my view in the nature of Legal Aid plans and delivery systems in Canada. Between 1967 and 1976 every province and territory in Canada has set up a Legal Aid plan. The responsibility for the provision of Legal Aid is divided between the federal government under its authority in matters of criminal law, and the provincial governments under their authority for the administration of justice and for property and civil rights. This joint responsibility for Legal Aid has

tance d'un avocat. Ainsi, les policiers se trouveraient dans la situation difficile d'avoir à juger sur-le-champ si une personne s'est inquiétée de ses moyens de se payer les services d'un avocat ou s'ils devraient poser d'autres questions à une personne détenue qui ne s'inquiète pas de ses moyens de se payer un avocat, mais qu'ils soupçonnent d'être indigente et d'avoir besoin d'un avocat de garde ou de l'aide juridique. En réalité, ce sont le plus souvent les pauvres et les défavorisés de notre société qui ne connaissent pas autant les régimes que l'État a mis sur pied à leur intention. Sur ce point, je citerai l'arrêt marquant de la Cour suprême des États-Unis *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), à la p. 473:

[TRADUCTION] La mise en garde relative au droit à l'assistance d'un avocat serait vide de sens si elle n'indiquait pas à la personne indigente, c'est-à-dire celle qui est le plus souvent soumise à un interrogatoire, qu'elle a elle aussi le droit à la présence d'un avocat. Comme pour les mises en garde relatives au droit de garder le silence et au droit général à l'assistance d'un avocat, ce n'est que par une explication claire et efficace donnée à la personne indigente de ce droit qu'on pourra être certain qu'elle était véritablement en mesure de l'exercer.

À mon avis, le souci de principe de définir clairement les obligations que la *Charte* impose aux policiers et celui de faire en sorte que toutes les personnes détenues connaissent l'existence des régimes d'avocats de garde et d'aide juridique sont complémentaires l'un à l'autre en plus d'étayer l'avis que les renseignements sur l'existence des régimes d'avocats de garde et d'aide juridique et de la possibilité d'y recourir devraient faire partie de la mise en garde normalement donnée en vertu de l'al. 10b) lors de l'arrestation ou de la mise en détention d'une personne.

Je trouve de plus que la nature des régimes canadiens d'aide juridique et leurs programmes de mise en œuvre étaient cette opinion. De 1967 à 1976, toutes les provinces et tous les territoires du Canada ont mis sur pied un régime d'aide juridique. La responsabilité de la prestation d'aide juridique est partagée entre le gouvernement fédéral, à cause de sa compétence en matière de droit criminel, et les gouvernements provinciaux, à cause de leur compétence sur l'administration de la justice

been confirmed in agreements since 1972 when the federal Department of Justice began cost-sharing Legal Aid for criminal cases. The Legal Aid plans of each province vary somewhat with each province establishing its own financial conditions to be met by applicants, provided that the test is flexible so that the applicant need not be required to hire a private lawyer if in doing so the applicant would have to contract major debts or sell modest assets. Different systems are used to deliver Legal Aid. Judicare systems, in which services are delivered on a fee-for-service basis through private law firms and staff systems, in which professionals are employed directly by the plan are two types of systems that exist in Canada. The systems operate either independently, or as in Manitoba for example, are combined. Legal Aid in criminal matters extends to any eligible person who is charged with any indictable offence against an act of Parliament, and at the discretion of the province, to any eligible person charged with a federal summary conviction offence. The province has the responsibility to take reasonable measures to see that a lawyer is made available to the eligible person without delay.

In addition to the provisions set up for Legal Aid, each province also has, in one form or other, a system of duty counsel for adults and youths in criminal proceedings. As I noted above duty counsel are intended to provide with immediate but temporary advice and assistance those persons who cannot afford a lawyer or those who do not know a lawyer. Indeed, knowledge of the existence and availability of duty counsel is perhaps of primary importance since financial status is generally not considered as a pre-condition to obtaining the services of duty counsel. In fact, it is often duty counsel that is in a position to inform the detainee about making an application for Legal Aid, or his options if he is not eligible. As Wilkins, *op. cit.*,

et sur la propriété et les droits civils. Cette responsabilité conjointe en matière d'aide juridique a été consacrée dans des accords intervenus depuis 1972, l'année où le ministère fédéral de la Justice a commencé à partager le coût de l'aide juridique à l'égard des affaires criminelles. Les régimes d'aide juridique en vigueur dans les provinces diffèrent quelque peu d'une province à l'autre puisque chacune d'elles définit les critères financiers d'admissibilité pourvu que l'examen de la demande soit assez souple pour ne pas forcer le candidat à recourir à un avocat de pratique privée pour soumettre sa demande et à contracter de grosses dettes ou à vendre le peu de biens qu'il possède pour le faire. Il existe différents régimes de prestation de l'aide juridique. Au Canada, on connaît deux types de régimes: l'assistance juridique en vertu duquel les cabinets privés fournissent des services moyennant des honoraires et le régime d'État dans lequel des avocats salariés, employés par le régime, fournissent les services. Ces systèmes sont soit exclusivement de l'un ou l'autre type, ou mixtes comme au Manitoba. En matière criminelle, l'aide juridique est disponible pour quiconque satisfait aux critères d'admissibilité et fait face à une accusation d'acte criminel en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou, si la province le permet, pour quiconque fait face à une accusation d'infraction à une loi fédérale, punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Il incombe à la province de prendre des mesures raisonnables pour que la personne admissible dispose sans délai des services d'un avocat.

En plus des dispositions de l'aide juridique, chaque province a, sous une forme ou une autre, un régime d'avocats de garde accessibles aux adultes et aux jeunes contrevenants aux prises avec des procédures criminelles. Comme je l'ai déjà dit, les avocats de garde ont pour rôle de fournir aux personnes incapables de se payer un avocat ou à celles qui ne connaissent pas d'avocat, des conseils et de l'aide immédiats mais temporaires. La connaissance de l'existence d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir est peut-être de première importance puisque la situation financière n'est pas considérée généralement comme une condition préalable à l'obtention des services d'un avocat de garde. En fait, c'est souvent l'avocat de garde qui

states in his book at p. 137, “[d]uty counsel is prepared to act during any stage of the cases before the court and on behalf of any unrepresented person. However, an important part of his function is to refer the accused to the certificate aspect of the program”. This is in addition to the other functions of duty counsel which include advising the detainee of his rights and taking such steps as are necessary to protect his rights such as representing him on an application for remand or on a bail application. (For a more complete account of Legal Aid and duty counsel services, see *Legal Aid in Canada 1985* (1986) published by the Canadian Centre for Justice Statistics.)

This brief overview of Legal Aid and duty counsel systems reveals the extent of Canada’s recognition of the importance of the right to counsel for all persons detained in connection with criminal offences. This recognition extends beyond our own affirmation of the right in the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, and the *Charter* to our international commitments. For example, Canada is a signatory to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, which contains the following provision:

Article 14. . . .

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

est en mesure de renseigner la personne détenue sur la présentation d’une demande d’aide juridique ou, si la personne n’y est pas admissible, sur les autres solutions possibles. Comme le dit Wilkins, *op. cit.*, à la p. 137 de son ouvrage, [TRADUCTION] «[l]’avocat de garde est prêt à intervenir à n’importe quelle étape des affaires soumises au tribunal et en faveur de toute personne qui n’a pas d’avocat. Cependant, une partie importante de son rôle consiste à aider l’accusé à présenter sa demande d’aide juridique». Cela s’ajoute aux autres fonctions que l’avocat de garde est appelé à remplir, notamment celle consistant à informer la personne détenue de ses droits et à prendre les mesures propres à sauvegarder les droits de cette personne comme la représenter à l’occasion d’une demande de renvoi en détention provisoire ou d’une demande de mise en liberté sous caution. (Pour une description plus complète des services fournis par l’aide juridique et les avocats de garde, voir *L’aide juridique au Canada 1985* (1986), publié par le Centre canadien de la statistique juridique.)

Ce bref survol des régimes d’aide juridique et d’avocats de garde montre jusqu’à quel point le Canada reconnaît l’importance du droit à l’assistance d’un avocat pour toute personne détenue relativement à une infraction criminelle. Cette reconnaissance va au-delà de notre propre consécration de ce droit dans la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, et dans la *Charte*, pour se retrouver dans nos engagements internationaux. Par exemple, le Canada est l’un des pays signataires du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, qui comporte la disposition suivante:

Article 14. . . .

3. Toute personne accusée d’une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:

d) À être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l’assistance d’un défenseur de son choix; si elle n’a pas de défenseur, à être informée de son droit d’en avoir un, et, chaque fois que l’intérêt de la justice l’exige, à se voir attribuer d’office un défenseur, sans frais, si elle n’a pas les moyens de le rémunérer;

All of this is to reinforce the view that the right to retain and instruct counsel, in modern Canadian society, has come to mean more than the right to retain a lawyer privately. It now also means the right to have access to counsel free of charge where the accused meets certain financial criteria set up by the provincial Legal Aid plan, and the right to have access to immediate, although temporary, advice from duty counsel irrespective of financial status. These considerations, therefore, lead me to the conclusion that as part of the information component of s. 10(b) of the *Charter*, a detainee should be informed of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction, in order to give the detainee a full understanding of the right to retain and instruct counsel.

Having said this, I am not unmindful of the fact that the imposition of this additional duty on the police may cause some concern on their part, but I am of the view that it is the interests of all the participants in the criminal justice system that s. 10(b) of the *Charter* be given this interpretation. In my view the additional duty is consistent with one of the main purposes underlying the s. 10(b) right which is to facilitate contact with counsel since it is upon arrest or detention that the accused is faced with an immediate need for legal advice especially in respect of how to exercise the right to remain silent. By the same token, however, the immediate need for legal advice means that the right must be exercised with reasonable diligence. The imposition of the additional duty on the police in respect of duty counsel and Legal Aid will, in my view, have implications for the issue of a detainee's reasonable diligence in seeking initial advice of counsel.

As I noted above, in *Ross, supra*, this Court held that detained persons have a right to retain the counsel of their choice, and it is only if the lawyer chosen is not available within a reasonable time that the detainee should be expected to exercise the right by calling another lawyer. It may

Tout cela renforce l'opinion selon laquelle, dans la société canadienne contemporaine, le droit à l'assistance d'un avocat en est venu à signifier plus que le droit d'avoir recours aux services d'un avocat par ses propres moyens. Il s'entend maintenant aussi du droit d'avoir accès à un avocat sans frais si l'accusé satisfait à certains critères financiers établis par le régime d'aide juridique de la province et du droit de l'accusé d'avoir accès aux conseils immédiats, mais temporaires, d'un avocat de garde sans égard à sa situation financière. Ces considérations m'amènent donc à conclure que, dans le cadre de l'obligation d'informer prévue par l'al. 10b) de la *Charte*, il faut renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause, afin de lui permettre de saisir pleinement son droit à l'assistance d'un avocat.

Cela étant dit, je n'oublie pas que l'imposition de cette obligation supplémentaire aux policiers pourra susciter chez eux des craintes, mais j'estime qu'il y va de l'intérêt de tous ceux qui oeuvrent dans le système de justice criminelle de donner cette interprétation à l'al. 10b) de la *Charte*. À mon avis, cette obligation supplémentaire est conforme à l'un des objets fondamentaux du droit garanti par l'al. 10b), qui est de faciliter la communication avec un avocat, puisque l'accusé a un besoin immédiat de conseils juridiques, surtout sur la manière d'exercer son droit de garder le silence, dès qu'il est arrêté ou placé en détention. De même cependant, le besoin immédiat de conseils juridiques signifie que ce droit doit être exercé avec diligence raisonnable. J'estime que l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers au sujet des avocats de garde et de l'aide juridique aura des conséquences sur la question de la diligence raisonnable avec laquelle la personne détenue doit chercher à obtenir l'assistance initiale d'un avocat.

Comme je l'ai déjà fait observer, notre Cour a statué, dans l'arrêt *Ross*, précité, que les personnes détenues ont droit à l'assistance de l'avocat de leur choix et que, ce n'est que si l'avocat choisi n'est pas disponible dans un délai raisonnable, qu'on devrait s'attendre à ce que la personne détenue

appear to some, as it does to me, that the additional duty imposed on the police combined with the increasing presence of duty counsel services, irrespective of a means test, may well have an effect on the consideration of what constitutes "reasonable diligence" of a detainee in pursuing the right to counsel. The purposive approach which leads us to the conclusion that a detainee has the right to be informed of the availability of Legal Aid and of duty counsel also raises questions as to how long the police must wait for counsel of the detainee's choice to become available. Indeed, if the purpose of s. 10(b) is to assist initially persons upon their being detained as regards their rights and as regards their exercise thereof, we might well have to put time limits, not on access to counsel, but on access to counsel of one's choice. It may be that it is unreasonable not to seek the advice of available counsel when the only one available is either duty counsel or a Legal Aid lawyer. We must not, as a Court, lose sight of the realities of crime investigation and the functioning of modern police forces of varying sizes, with shifts, labour agreements and limitations put on overtime for financial considerations of course, but also, if not more important because police officers have a right to a personal and family life. Waiting for eight to ten hours for counsel of the detainee's choice to become available may not be justified in a purposive approach when duty counsel has been available all along. But this issue and these considerations were not before the Court, and were not addressed in this Court nor in the courts below. The Court has not had the benefit of the views of the police, government or the bars as to what would constitute "reasonable diligence" in the exercise of the right to counsel in the light of the additional burden, and of the specific availability of duty counsel. As such, it is not wise for this Court to make pronouncements on that issue. It is sufficient to note that, as a corollary to the obligation imposed on the police to inform detainees of the existence and availability of duty counsel services and Legal Aid

exerce son droit en communiquant avec un autre avocat. Il peut sembler à certains, comme il me semble à moi, que l'obligation supplémentaire imposée aux policiers conjuguée à la présence de plus en plus grande d'avocats de garde, sans égard au critère des moyens financiers, pourra bien avoir des conséquences sur l'examen de ce qui constitue, pour une personne détenue, une «diligence raisonnable» à se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat. La méthode fondée sur l'objet visé qui nous amène à conclure qu'un détenu a le droit d'être informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à des avocats de garde, soulève aussi la question de savoir pendant combien de temps les policiers sont-ils tenus d'attendre que l'avocat choisi par la personne détenue soit disponible? En fait, si l'al. 10b) a pour objet d'aider au départ les personnes placées en détention à connaître et à exercer leurs droits, il se pourrait bien que nous ayons à fixer des limites de temps, non à l'accès à un avocat, mais à l'accès à l'avocat de son choix. Il se peut qu'il soit déraisonnable de ne pas demander des conseils à l'avocat qui est disponible, lorsque le seul disponible est un avocat de garde ou un avocat de l'aide juridique. Nous, de la Cour, ne devons pas oublier la réalité des enquêtes sur la criminalité ni le fonctionnement des corps de police modernes qui n'ont pas tous la même taille, qui travaillent par quarts, qui ont des conventions collectives et des restrictions budgétaires qui limitent le temps supplémentaire par mesure d'économie, mais aussi, ce qui du reste compte peut-être davantage, parce que les policiers ont droit à une vie personnelle et familiale. La méthode fondée sur l'objet visé ne justifie peut-être pas de faire attendre une personne détenue, pendant huit ou dix heures, que l'avocat qu'elle a choisi devienne disponible, quand un avocat de garde est disponible pendant toute cette période. Cependant cette question et ces considérations n'ont pas été soulevées devant notre Cour, qui ne les a pas étudiées, pas plus que ne l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure. La Cour n'a pas eu l'avantage de connaître le point de vue de la police, du gouvernement ou des barreaux sur ce qui constitue une «diligence raisonnable» dans l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat en fonction de cette obligation supplémentaire et de la disponibilité d'avocats

plans, there may have to be an adjustment to the meaning of "reasonable diligence".

I wish to also point out that the issue of whether there is a constitutional right to have the assistance or representation of counsel is not before the Court. This issue normally arises when an accused cannot bring himself within the provincial Legal Aid plan and duty counsel cannot, as they usually cannot, furnish a full defence. A consideration of this issue goes beyond an examination of s. 10 of the *Charter*, to ss. 7 and 11(d). That matter will have to be decided when the facts of the case raise the issue and the matter is fully argued before the Court.

Before concluding, it is my view that in light of the imposition of the additional duty on the police as part of the information component of the s. 10(b) caution, a transition period is appropriate. This transition period is needed to enable the police to properly discharge their new burden, more specifically to take into account the reality that police officers often use printed cards from which they read the caution given to detainees. In my view a period of thirty days from the date of this judgment is sufficient time for the police forces to react, and to prepare new cautions. I note, in passing, that the imposition of a transition period is not unusual. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, for example, I stated that a transitional period was appropriate in the context of the application of the principles developed under s. 11(b) of the *Charter*. In addition, in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court established a period of temporary validity for the Acts of the Manitoba Legislature,

de garde dans des situations précises. Aussi, il n'est pas sage pour notre Cour de se prononcer sur cette question. Il suffit de souligner que, corrélativement à l'obligation imposée aux policiers d'informer les personnes détenues de l'existence de services d'avocats de garde et de régimes d'aide juridique et de la possibilité d'y recourir, le sens de «diligence raisonnable» sera susceptible de changer.

Je tiens également à souligner que la Cour n'est pas saisie de la question de savoir s'il existe un droit à l'assistance d'un avocat ou un droit de se faire représenter par un avocat en vertu de la Constitution. Cette question se pose ordinairement quand un accusé ne répond pas aux conditions d'admissibilité du régime d'aide juridique de sa province et que les avocats de garde ne peuvent, comme c'est le cas habituellement, assurer une défense pleine et entière. L'examen de cette question déborde l'analyse de l'art. 10 de la *Charte* et se rapporte à l'art. 7 et à l'al. 11d). Cette question devra être tranchée dans une affaire où les faits la soulèveront et où elle aura été pleinement débattue devant la Cour.

Avant de conclure, j'estime qu'en raison de l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers relativement aux renseignements à donner dans le cadre de la mise en garde visée à l'al. 10b), il convient de fixer une période de transition. Cette période de transition est nécessaire pour permettre aux policiers de remplir adéquatement leur nouvelle obligation et, plus précisément, pour tenir compte de ce que les policiers ont souvent des cartons imprimés dont ils se servent pour lire la mise en garde aux personnes détenues. À mon avis, un délai de trente jours depuis la date du présent jugement laissera aux corps de police suffisamment de temps pour réagir et préparer de nouvelles mises en garde. Je fais remarquer, en passant, que l'imposition d'une période de transition n'est pas inusitée. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, par exemple, j'ai affirmé qu'une période de transition s'imposait dans le cadre de l'application des principes établis en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*. De plus, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour a prolongé temporairement la validité des lois de l'Assemblée législative du

in order to allow for the translation, re-enactment, printing and publishing of previously unilingual legislation.

I would, accordingly, allow the appeal and restore the acquittal of the appellant at trial.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

LA FOREST J.—I agree with Lamer J. that on the facts of this case the appeal should be allowed and the acquittal restored, but I find it unnecessary to consider the broader issues raised by my colleague in the latter part of his reasons.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Brimacombe, Sanderman & Stroppel, Edmonton.

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

Manitoba afin de permettre la traduction, la nouvelle adoption, l'impression et la publication des lois auparavant unilingues.

^a En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquittal de l'appelant prononcé à son procès.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

^b LE JUGE LA FOREST—Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que, d'après les faits de la présente affaire, le pourvoi doit être accueilli et le verdict d'acquittal rétabli, mais je juge inutile ^c d'examiner les questions plus générales soulevées par mon collègue dans la dernière partie de ses motifs.

Pourvoi accueilli.

^d *Procureurs de l'appelant: Brimacombe, Sanderman & Stroppel, Edmonton.*

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

Patricia Kathleen Reekie *Applicant*

v.

Albert Arthur Messervey *Respondent*

and

Richard Page Reekie *Respondent*

and

Insurance Corporation of British Columbia
Respondent

and between

Albert Arthur Messervey *Applicant*

and

Insurance Corporation of British Columbia
Applicant

v.

Patricia Kathleen Reekie *Respondent*

and

Richard Page Reekie *Respondent*

and between

Richard Page Reekie *Applicant*

v.

Patricia Kathleen Reekie *Respondent*

and

Albert Arthur Messervey *Respondent*

and

Insurance Corporation of British Columbia
Respondent

INDEXED AS: REEKIE v. MESSERVEY

File Nos.: 21549, 21548, 21564.

1990: January 17; 1990: February 8.

Present: Dickson C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. et

Patricia Kathleen Reekie *Requérante*

c.

a **Albert Arthur Messervey** *Intimé*

et

Richard Page Reekie *Intimé*

b et

Insurance Corporation of British Columbia
Intimée

c et entre

Albert Arthur Messervey *Requérant*

et

d **Insurance Corporation of British Columbia**
Requérante

c.

e **Patricia Kathleen Reekie** *Intimée*

et

Richard Page Reekie *Intimé*

f et entre

Richard Page Reekie *Requérant*

c.

g **Patricia Kathleen Reekie** *Intimée*

et

Albert Arthur Messervey *Intimé*

h

et

Insurance Corporation of British Columbia
Intimée

i

RÉPERTORIÉ: REEKIE c. MESSERVEY

N^{os} du greffe: 21549, 21548, 21564.

1990: 17 janvier; 1990: 8 février.

j

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Sopinka et McLachlin.

APPLICATIONS TO VARY ORDERS REFUSING
LEAVE TO APPEAL

Judgments and orders — Application to vary an order refusing leave to appeal to the Supreme Court of Canada — Order creating an injustice for applicant — Order made on the basis of written material only — Order varied — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Application to vary an order refusing leave to appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to reconsider a decision made on an application for leave to appeal — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

Practice — Supreme Court of Canada — Application to vary an order for leave to appeal — Order made on the basis of written material only — Order varied pursuant to Rule 7 of the Supreme Court Rules — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

Cases Cited

Referred to: Chandler v. Alberta Association of Architects, [1989] 2 S.C.R. 848; Scarff v. Wilson (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.), rev'd [1989] 2 S.C.R. 776.

Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50 [am. SOR/88-247, s. 20], 51(12).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.*

APPLICATIONS to vary orders refusing leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 316, 59 D.L.R. (4th) 481, 48 C.C.L.T. 217. Application of Patricia Reekie granted. Applications of Messervey and Insurance Corporation of British Columbia, and of Richard Reekie dismissed.

Henry S. Brown, for Patricia Reekie.

Patricia Wilson, for Messervey and Insurance Corporation of British Columbia.

Siobhan Devlin, for Richard Reekie.

REQUÊTES EN RECTIFICATION D'ORDONNANCES
REFUSANT L'AUTORISATION DE POURVOI

Jugements et ordonnances — Requête en rectification d'une ordonnance refusant l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Ordonnance causant une injustice à la requérante — Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement — Ordonnance rectifiée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Requête en rectification d'une ordonnance refusant une autorisation de pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour réexaminer une décision rendue au sujet d'une requête en autorisation de pourvoi? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en rectification d'une ordonnance d'autorisation de pourvoi — Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement — Ordonnance rectifiée conformément à l'art. 7 des Règles de la Cour suprême — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

e Jurisprudence

Arrêts mentionnés: Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848; Scarff v. Wilson (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.), inf. [1989] 2 R.C.S. 776.

Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50 [mod. DORS/88-247, art. 20], 51(12).*

REQUÊTES en rectification d'ordonnances refusant l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 316, 59 D.L.R. (4th) 481, 48 C.C.L.T. 217. Requête de Patricia Reekie accueillie. Requêtes de Messervey et d'Insurance Corporation of British Columbia, et de Richard Reekie rejetées.

Henry S. Brown, pour Patricia Reekie.

Patricia Wilson, pour Messervey et Insurance Corporation of British Columbia.

Siobhan Devlin, pour Richard Reekie.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an application by Patricia Kathleen Reekie to vary an order which refused leave to appeal. The order was made pursuant to s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. While the application is one to vary in form, it is in essence an application for a reconsideration of the order refusing leave to appeal.

After the order refusing leave to appeal was made on the basis of written material, it was drawn to our attention by letter that in dismissing the applicant's cross-appeal seeking an award of a gross-up for taxes, the British Columbia Court of Appeal (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 316 applied its decision in *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290. The decision of the British Columbia Court of Appeal in *Scarff*, however, was reversed by this Court, [1989] 2 S.C.R. 776, after the judgment of that court in this case but before we dealt with the application for leave to appeal. The application for leave to appeal was refused on the basis that the law had been settled by this Court in its decision in *Scarff*. The Court did not consider the injustice to the applicant in the circumstances: at a time when the applicant was seeking to appeal to this Court, a judgment had been rendered by this Court that clearly entitled her to the relief that she had sought from the British Columbia Court of Appeal. However, without the right to appeal to this Court, she would be denied that relief. I am satisfied that if the application had been considered on this basis, leave would have been granted.

It has been forcefully submitted that the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, do not provide for a situation such as this. Rule 50, relied on by the applicant, provides as follows:

50. (1) A party may, at any time before the expiration of 30 clear days after the delivery of a judgment, move before a Judge, or before the Registrar where all

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Patricia Kathleen Reekie demande la rectification d'une ordonnance refusant une autorisation de pourvoi. L'ordonnance a été rendue en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Bien que nous soyons saisis formellement d'une demande de rectification, il s'agit essentiellement d'une demande de nouvel examen de l'ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi.

Après que l'ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi eut été rendue sur le fondement de documents écrits, une lettre a attiré notre attention sur le fait que, en rejetant l'appel incident de la requérante qui cherchait à obtenir une indemnité majorée pour impôt, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 316 a appliqué son arrêt dans *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290. Toutefois, l'arrêt *Scarff* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été infirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 776, après la décision de la Cour d'appel en l'espèce mais avant notre décision sur la demande d'autorisation de pourvoi. La demande d'autorisation de pourvoi a été refusée sur le fondement que le droit avait été établi par notre Cour dans son arrêt *Scarff*. La Cour n'a pas tenu compte de l'injustice causée à la requérante dans les circonstances: au moment où la requérante cherchait à obtenir une autorisation de pourvoi, notre Cour avait rendu un arrêt qui lui donnait clairement le droit d'obtenir la réparation qu'elle avait demandée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, sans droit d'appel devant notre Cour, elle ne pouvait pas obtenir cette réparation. Nous sommes convaincus que si la demande avait été examinée sur ce fondement, l'autorisation aurait été accordée.

On a soutenu avec vigueur que les *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, ne prévoient pas une telle situation. Voici le texte de l'art. 50 sur lequel se fonde la requérante:

50. (1) Une partie peut, dans un délai de 30 jours francs suivant le prononcé du jugement, demander par requête à un juge, ou au registraire si toutes les parties

the parties affected have consented to the motion, to vary the judgment.

(2) A motion to vary a judgment may only be made where the judgment signed by the Registrar

(a) contains an error in writing or calculation, or any other clerical error;

(b) does not accord with the judgment as pronounced by the Court; or

(c) inadvertently includes in or omits from the judgment pronounced or the disposition made of the proceeding by the Court, a matter on which the Court pronounced or that the Court disposed of.

(3) Upon a motion referred to in subsection (1), the Judge may vary the judgment as pronounced, or direct that a motion be made pursuant to Rule 51.

The respondent insurer submits with some justification that Rule 50 is narrow in scope and does not contemplate reversal of a decision that, on reconsideration, is found to be wrong.

In my opinion, it would be extraordinary if the Court were powerless to remedy the injustice that is conceded as present in this case. As a general principle, the rules of procedure should be the servant of substantive rights and not the master. I believe that this is the underlying rationale of Rule 7 which states:

7. Whenever these Rules contain no provision for exercising any right, any procedure that is specified by the Court, a Judge or the Registrar and that is not inconsistent with these Rules or the Act may be adopted.

It ensures that the Court is empowered to give effect to substantive rights, notwithstanding a deficiency in the rules. It is subject to the limitation that the Court is not permitted to act in a manner that flies in the face of the express provisions of a rule.

Rule 50 is a reflection of the common law rule of *functus officio*. This rule was developed to achieve a finality of proceedings which were subject to a full appeal: see *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. Its narrow scope may be appropriate when applied to judgments which can be corrected on appeal, but is inappropriate to decisions of this Court which are not subject to appeal. Any error creating an injustice can only be cured by a reconsideration of the

consentent à la requête, de rectifier le dispositif du jugement.

(2) La requête en rectification n'est recevable que si elle fait valoir que le dispositif signé par le registraire

a) contient une coquille, une erreur de calcul ou une autre erreur d'écriture;

b) n'est pas conforme au jugement prononcé par la Cour;

c) comprend, par inadvertance, une question sur laquelle la Cour n'a pas statué ou omet une question par elle tranchée.

(3) Le juge saisi de la requête visée peut rectifier le dispositif du jugement ou ordonner qu'une requête soit présentée en vertu de l'article 51.

L'assureur intimé soutient avec certaine justification que l'art. 50 a une portée restreinte et ne vise pas l'infirmité d'une décision qui, après nouvel examen, est considérée comme erronée.

À notre avis, il serait extraordinaire que la Cour n'ait pas le pouvoir de réparer l'injustice qui est admise en l'espèce. À titre de principe général, la procédure doit être la servante du droit et non sa maîtresse. Je pense que telle est la raison d'être de l'art. 7:

7. Lorsque l'exercice d'un droit n'est pas régi par les présentes règles, la Cour, un juge ou le registraire peut préciser une procédure qui n'est pas incompatible avec les présentes règles et avec la Loi.

Grâce à cette règle, la Cour a le pouvoir de donner effet à des droits substantifs, nonobstant une lacune dans les règles. Ce pouvoir est assujéti à la restriction que la Cour n'a pas le droit d'agir d'une manière contraire à une disposition expresse d'une règle.

L'article 50 découle de la règle *functus officio* de la common law. Cette règle a été élaborée pour mettre un point final à des procédures qui ont fait l'objet d'un appel complet: voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848. Sa portée restreinte peut convenir lorsqu'elle s'applique à des jugements qui peuvent être rectifiés en appel, mais elle ne convient pas à des décisions de notre Cour qui ne sont pas susceptibles d'appel. On ne peut remédier à une erreur

decision by this Court. For this reason, a judgment disposing of an appeal can be reopened by way of an application for rehearing: Rule 51. There is, however, no provision in the rules which authorizes the Court to reconsider a decision made on an application for leave to appeal. In my opinion, Rule 7, broadly interpreted, supplies the omission.

It was, however, suggested in argument that it is inconsistent with Rule 51(12), which provides: "There shall be no rehearing on an application for leave or a motion." I am, however, satisfied that Rule 51(12) does not apply to an application for leave that was not heard, but disposed of by way of written application. Rule 51(12) was adopted when all applications for leave were dealt with by way of oral hearing. The rule embodied the policy that one oral hearing was sufficient in the case of an application for leave to appeal or a motion.

In the result, the application of Patricia Kathleen Reekie is granted. The decision of this panel refusing leave to all three parties is varied by granting leave to the applicant Patricia Kathleen Reekie. With respect to the applications for leave of Albert Arthur Messervey and Richard Page Reekie, we see no reason to alter our previous decision.

There will be no costs with respect to these applications.

Application of Patricia Reekie granted. Applications of Messervey and Insurance Corporation of British Columbia, and of Richard Reekie dismissed.

Solicitors for Patricia Reekie: MacIsaac, Clark & Co., Victoria.

Solicitors for Messervey and Insurance Corporation of British Columbia: Silversides, Wilson & Seidemann, Prince Rupert.

Solicitor for Richard Reekie: Robert J. Falconer, Vancouver.

qui entraîne une injustice que par le nouvel examen de la décision de notre Cour. Pour cette raison, un arrêt rendu sur un pourvoi peut être examiné de nouveau par voie de demande de nouvelle audition: art. 51. Toutefois, aucune disposition des règles n'autorise la Cour à examiner de nouveau une décision rendue sur une demande d'autorisation de pourvoi. À mon avis, l'art. 7, interprété largement, comble la lacune.

On a soutenu cependant que cela est incompatible avec le par. 51(12) qui prévoit: «Aucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition.» Toutefois, je suis convaincu que le par. 51(12) ne s'applique pas à une demande d'autorisation qui n'a pas été entendue mais réglée par voie de demande écrite. Le paragraphe 51(12) a été adopté à un moment où toutes les demandes d'autorisation faisaient l'objet d'une audition. La règle traduisait le principe selon lequel une seule audition suffisait dans le cas d'une demande d'autorisation de pourvoi ou d'une autre requête.

Par conséquent, la demande de Patricia Kathleen Reekie est accueillie. Notre décision de refuser l'autorisation aux trois parties est modifiée pour autoriser le pourvoi de la requérante Patricia Kathleen Reekie. En ce qui a trait aux demandes d'autorisation d'Albert Arthur Messervey et de Richard Page Reekie, nous ne voyons aucune raison de modifier notre décision initiale.

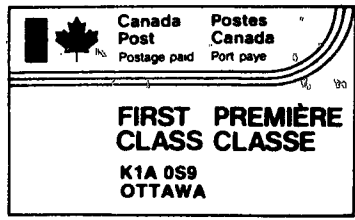
Il n'y a pas de dépens à l'égard de ces demandes.

Requête de Patricia Reekie accueillie. Requêtes de Messervey et d'Insurance Corporation of British Columbia, et de Richard Reekie rejetées.

Procureurs de Patricia Reekie: MacIsaac, Clark & Co., Victoria.

Procureurs de Messervey et d'Insurance Corporation of British Columbia: Silversides, Wilson & Seidemann, Prince Rupert.

Procureur de Richard Reekie: Robert J. Falconer, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1990 Vol. 1

2^e cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 225-423

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 225-423

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Dumont v. Canada (Attorney General) 279

Practice — Pleadings — Striking out — Statement of claim seeking declaration that various federal and provincial statutes unconstitutional — Whether statement of claim properly struck out.

IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. 282

Administrative law — Natural justice — *Audi alteram partem* rule — Right to know case to be made — Three-person panel hearing case and ultimately making decision — Case involving important and wider policy implications — Full Board meeting called to discuss policy implications of a draft decision — Facts accepted as stated in draft decision — No vote or consensus taken — No minutes kept — Attendance not recorded — Whether or not breach of rules of natural justice occurred — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

Kerrybrooke Development Ltd. v. Ellis-Don Ltd. 275

Negligence — Building contracts — Liability of contractor and subcontractor.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêviste en chef
ANNE ROLAND, L.L.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Révisseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

Dumont c. Canada (Procureur général) 279

Pratique — Actes de procédure — Radiation — Déclaration visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelles diverses lois fédérales et provinciales — La déclaration a-t-elle été radiée à bon droit?

Mahe c. Alberta 342

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Les droits conférés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, en fonction du nombre d'élèves, comprennent-ils un droit de «gestion et contrôle» à l'égard des établissements de la minorité linguistique et de l'instruction dans la langue de cette minorité? — Dans l'affirmative, le nombre d'élèves dans la région d'Edmonton est-il suffisant pour invoquer ce droit? — Sens de l'expression «gestion et contrôle».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — La School Act de l'Alberta et ses règlements d'application sont-ils incompatibles avec l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette incompatibilité est-elle justifiable aux termes de l'article premier de la Charte? — School Act, R.S.A. 1980, ch. S-3, art. 13, 158, 159 — French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Mahe v. Alberta 342

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Whether the rights which s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms mandates, depending upon the number of students, include a right to “management and control” over the minority language facilities and instruction — If so, whether the number of students in the Edmonton area sufficient to invoke this right — Meaning of the phrase “management and control”.

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Whether the Alberta School Act and the regulations passed thereunder inconsistent with s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such inconsistency justifiable under s. 1 of the Charter — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 13, 158, 159 — French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

Constitutional law — Charter of Rights — Preservation of rights respecting certain schools — Section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms conferring upon minority language parents in the Edmonton area the rights to management and control over the minority language facilities and instruction — Whether the rights conferred by s. 23 inconsistent with the “right or privilege with respect to separate schools” guaranteed under s. 17 of the Alberta Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 29 — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — Constitution Act, 1867, s. 93(1).

Quebec (Attorney General) v. Brunet; Quebec (Attorney General) v. Albert; Quebec (Attorney General) v. Collier . . . 260

Constitutional law — Language rights — Quebec legislation enacted in French and English — Sessional papers constituting the very essence of legislation tabled in National Assembly in French only — Whether Quebec legislation consistent with s. 133 of the Constitution Act, 1867 — Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35 — Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.

R. v. Anderson 265

Criminal law — Criminal negligence causing death — Comments by trial judge relating to the relevance of consequences and intention — Whether or not comments affected outcome of trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

R. v. Brown 264

Criminal law — Second degree murder — Evidence — Reasonableness of jury's guilty verdict — Verdict supported by the evidence.

R. v. Schmutz 398

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Meaning of “detention” — Failure to comply with breathalyzer demand — Whether accused detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Maintien des droits relatifs à certaines écoles — L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés confère aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton des droits de gestion et de contrôle à l'égard de leurs établissements et de l'instruction dans leur langue — Les droits conférés par l'art. 23 sont-ils incompatibles avec le «droit ou privilège en matière d'écoles séparées» garanti par l'art. 17 de la Loi sur l'Alberta — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 29 — Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

Québec (Procureur général) c. Brunet; Québec (Procureur général) c. Albert; Québec (Procureur général) c. Collier 260

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois québécoises adoptées en français et en anglais — Documents sessionnels constituant la substance même de ces lois déposés à l'Assemblée nationale en français seulement — Les lois québécoises sont-elles compatibles avec l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35 — Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45.

R. c. Anderson 265

Droit criminel — Négligence criminelle causant la mort — Observations du juge du procès relatives à la pertinence des conséquences et de l'intention — Ces observations ont-elles eu un effet sur l'issue du procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

R. c. Brown 264

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Preuve — Caractère raisonnable du verdict de culpabilité prononcé par le jury — Verdict étayé par la preuve.

R. c. Schmutz 398

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Sens du terme «détention» — Refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine — L'accusé a-t-il été détenu? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 235.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Les policiers ont-ils informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'enquête et avant la détention réelle — Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans la négative, la preuve devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

R. c. Selhi 277

Droit criminel — Plaidoyer d'autrefois acquit — Retrait par le ministère public de deux dénonciations après un plaidoyer de non-culpabilité mais avant la présentation d'une preuve — Dépôt d'une nouvelle dénonciation — Peut-on recourir au plaidoyer d'autrefois acquit?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Police informing accused of his right to counsel in the course of the investigation and prior to the actual detention — Whether police complied with the requirements of s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If not, whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the Charter.

R. v. Selhi 277

Criminal law — Plea of *autrefois acquit* — Crown withdrawing two informations after plea of not guilty but before any evidence adduced — New information laid — Whether plea of *autrefois acquit* available.

R. v. Storrey 241

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Accused arrested for aggravated assault and detained 18 hours before charge laid — Accused kept in custody for the purposes of conducting an identification parade — Whether accused's arrest lawful — Whether accused arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 450(1), 454(1).

R. v. Van Rassel 225

Criminal law — *Autrefois acquit* — Issue estoppel — *Kienapple* principle — Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances — Application of the principles of double jeopardy — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 111, 534, 535, 537.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances — Whether accused can benefit from the protection of s. 11(h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Storrey 241

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraires — Accusé arrêté pour voies de fait graves et détenu pendant 18 heures avant qu'une accusation ne soit portée — Accusé gardé en détention aux fins d'une séance d'identification — L'accusé a-t-il été arrêté légalement? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450(1), 454(1).

R. c. Van Rassel 225

Droit criminel — Autrefois acquit — Chose jugée comme fin de non-recevoir — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances — Application des principes de double péril — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 111, 534, 535, 537.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances — L'accusé peut-il bénéficier de la protection de l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés?

SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. 282

Droit administratif — Justice naturelle — Règle *audi alteram partem* — Droit de connaître la preuve invoquée contre soi — Audition d'une affaire et décision ultime par un banc de trois personnes — Affaire comportant des conséquences importantes et plus générales en matière de politique — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter des conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision — Faits énoncés dans l'avant-projet de décision tenus pour avérés — Aucun vote ni aucune vérification du consensus — Aucune rédaction de procès-verbal des délibérations — Aucune prise des présences — Y a-t-il eu violation des règles de justice naturelle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

Société immobilière Kerrybrooke Ltée c. Ellis-Don Ltd. . 275

Négligence — Contrats de construction — Responsabilité de l'entrepreneur et du sous-traitant.

Michael Adrian Van Rassel *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VAN RASSEL

File No.: 20719.

1989: November 1; 1990: February 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Autrefois acquit — Issue estoppel — Kienapple principle — Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances — Application of the principles of double jeopardy — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 111, 534, 535, 537.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances — Whether accused can benefit from the protection of s. 11(h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

The appellant, an R.C.M.P. officer and a member of an international drug enforcement team, was arrested in Florida and charged in the U.S. with soliciting and accepting bribes in exchange for information given to him by the American authorities. The appellant was acquitted at trial. He was subsequently charged in Canada with breach of trust under s. 111 of the *Criminal Code*. The trial judge held that the appellant had already been acquitted of the same offences in the U.S. and ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, rejected the plea of *autrefois acquit* and ordered that the trial proceed.

Held: The appeal should be dismissed.

The double jeopardy concept is a principle of general application which is expressed in the form of more specific rules, such as the plea of *autrefois acquit*, issue estoppel and the *Kienapple* principle. Despite their common origin, these principles differ in the way they are applied. The application of s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must be determined by considering the wording of this provision. The Court of Appeal thus erred in considering only the defence of

Michael Adrian Van Rassel *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. VAN RASSEL

N° du greffe: 20719.

1989: 1^{er} novembre; 1990: 15 février.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

Droit criminel — Autrefois acquit — Chose jugée comme fin de non-recevoir — Principe de l'arrêt Kienapple — Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances — Application des principes de double péril — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 111, 534, 535, 537.

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances — L'accusé peut-il bénéficier de la protection de l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés?

e

L'appellant, un agent de la G.R.C. et un membre d'une équipe internationale de lutte contre la drogue, a été arrêté en Floride et accusé aux États-Unis d'avoir sollicité et accepté des pots-de-vin en échange d'informations qui lui auraient été données par les autorités américaines. À son procès, l'appellant a été acquitté. Par la suite, il a été accusé au Canada d'abus de confiance en vertu de l'art. 111 du *Code criminel*. Le juge du procès a statué que l'appellant avait déjà été acquitté des mêmes infractions aux États-Unis et a ordonné un arrêt des procédures. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, rejeté le plaidoyer d'*autrefois acquit* et ordonné la continuation du procès.

g

h

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le concept de double péril est un principe d'application générale qui s'exprime par des règles plus particulières, comme le plaidoyer d'*autrefois acquit*, la chose jugée comme fin de non-recevoir (*issue estoppel*) et le principe de l'arrêt *Kienapple*. Malgré leur origine commune, chacun de ces principes diffère dans leurs détails d'application. Quant à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, son application doit être déterminée en considérant le libellé de cet alinéa. La

i

j

autrefois acquit without dealing with the other defences raised by the appellant.

The defences put forward by the appellant are rejected. To make out the defence of *autrefois acquit*, an accused must show that the two charges laid against him are the same. In particular, he must prove that the following two conditions have been met: (1) the matter is the same, in whole or in part; and (2) the new count must be the same as at the first trial, or be implicitly included in that of the first trial, either in law or on account of the evidence presented if it had been legally possible at that time to make the necessary amendments. In the present case, the appellant could not have been convicted on the American charges of the offences with which he is charged in Canada even if the necessary amendments (not altering the nature of the offence) had been made. The Canadian charges deal with Canadian events, require no proof of payment in exchange for information or illegal influence and are based on a breach of trust by a Canadian official in relation to the people of Canada. They are thus clearly different from the American charges.

The *Kienapple* principle does not apply to offences involving different victims. Since in the present case the appellant had a general duty of loyalty to the Canadian people and a temporary duty of loyalty to the United States, the *Kienapple* principle is not applicable.

A court should not rule on an issue that has already been decided by another court. Issue estoppel, however, applies only in circumstances where it is clear from the facts that the question has already been decided. In the present case, in view of the differences between the American and the Canadian charges, there is nothing to indicate that the American jury found in the appellant's favour on the particular issues raised in the Canadian charges.

Finally, s. 11(h) of the *Charter* applies only in circumstances where the two offences with which an accused is charged are the same. In the present case the American and Canadian offences are different because they are based on duties of a different nature. Even though the American and Canadian offences are purely criminal in nature, the alleged conduct of the appellant has a double aspect: wrongdoing as a Canadian official with a special duty to the Canadian public under s. 111 of the *Code* and wrongdoing as an American official or member of the American public temporarily subject to

Cour d'appel a donc fait erreur en ne considérant que la défense d'*autrefois acquit* sans se pencher sur les autres défenses soulevées par l'appellant.

Les défenses invoquées par l'appellant sont rejetées. Pour établir la défense d'*autrefois acquit*, un accusé doit démontrer l'identité des deux accusations portées contre lui. En particulier, il doit prouver que les deux conditions suivantes sont remplies: (1) il doit s'agir de la même affaire, en totalité ou en partie; et (2) le nouveau chef d'accusation doit être le même qu'au premier procès, ou être implicitement inclus dans celui du premier procès, soit en droit, soit en raison de la preuve faite s'il avait alors été légalement possible d'y apporter les modifications nécessaires. En l'espèce, l'appellant n'aurait pas pu être condamné sur la base des accusations américaines pour les infractions dont on l'accuse au Canada même si les modifications nécessaires (ne changeant pas le caractère de l'infraction) avaient été faites. Les accusations canadiennes ont pour objet des événements canadiens, elles n'exigent aucune preuve de paiement en échange d'informations ou d'influence illégale, et elles sont fondées sur l'abus de confiance d'un fonctionnaire canadien envers le peuple canadien. Elles se distinguent donc nettement des accusations américaines.

Le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas à des infractions reliées à des victimes différentes. Puisque en l'espèce l'appellant avait une obligation générale de loyauté envers le peuple canadien ainsi qu'une obligation temporaire de loyauté envers les États-Unis, le principe de l'arrêt *Kienapple* est inapplicable.

Un tribunal ne doit pas se pencher sur une question en litige qui a déjà été tranchée par un autre tribunal. La chose jugée comme fin de non-recevoir ne s'applique toutefois que dans les circonstances où il ressort nettement des faits que la question a déjà été tranchée. Dans la présente cause, compte tenu des différences entre les accusations américaines et les accusations canadiennes, rien n'indique que le jury américain a conclu en faveur de l'appellant sur les points particuliers soulevés dans les accusations canadiennes.

Finalement, l'al. 11h) de la *Charte* ne s'applique que dans des circonstances où les deux infractions pour lesquelles un accusé est poursuivi sont les mêmes. En l'espèce, les infractions américaines et canadiennes sont différentes parce qu'elles sont fondées sur des obligations d'un caractère différent. Même si les infractions américaines et canadiennes sont de nature purement criminelle, la conduite qu'on reproche à l'appellant comporte un double aspect: un écart de conduite en tant que fonctionnaire canadien ayant une obligation spéciale envers le public canadien en vertu de l'art. 111 du *Code*

American law. Since the offences relate to different duties, the appellant must account for his conduct to the Canadian public as well as to the American public.

Cases Cited

Applied: *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Thomas*, [1985] Q.B. 604; *R. v. Stratton* (1978), 3 C.R. (3d) 289; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *R. v. Aughet* (1918), 118 L.T. 658; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 111, 534(1) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 105, s. 7], 535(1), (5) [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 126], 537(1).
18 U.S.C. § 201(c), 641.

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, vol. 2, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 112, 11 Q.A.C. 151, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Superior Court¹ ordering a stay of proceedings on the four charges laid against the accused. Appeal dismissed.

Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

Daniel Brunet, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

MCLACHLIN J.—The point at issue in this case is as follows: can a person, specifically an R.C.M.P. officer, be prosecuted for offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, after being acquitted in the United States of three

¹ S.C. Roberval, No. 155-01-1038850, September 12, 1986 (Ducros J.)

et un écart de conduite en tant que fonctionnaire américain ou membre du public américain assujéti temporairement à la loi américaine. Puisque les infractions visent des obligations différentes, l'appelant doit donc rendre compte de sa conduite à la fois au public canadien ainsi qu'au public américain.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. v. Thomas*, [1985] Q.B. 604; *R. v. Stratton* (1978), 3 C.R. (3d) 289; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *R. v. Aughet* (1918), 118 L.T. 658; *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *Wright v. The Queen*, [1963] R.C.S. 539; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 111, 534(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 105, art. 7], 535(1), (5) [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 126], 537(1).
18 U.S.C. § 201(c), 641.

Doctrine citée

Halsbury's Laws of England, vol. 2, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 112, 11 Q.A.C. 151, qui a accueilli l'appel du ministère public à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait ordonné la suspension d'instance sur les quatre chefs d'accusation portés contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Lawrence Corriveau, c.r., pour l'appelant.

Daniel Brunet, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La question en litige dans cette cause est la suivante: une personne, en l'occurrence un policier de la G.R.C., peut-elle être poursuivie pour des infractions prévues au *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, après avoir été

¹ C.S. Roberval, n° 155-01-1038850, 12 septembre 1986 (le juge Ducros).

charges based on the same facts and circumstances as those submitted to the Canadian court?

The facts may be summarized as follows: officer Van Rassel worked for the R.C.M.P. in Roberval. The latter was conducting an investigation in Montréal together with the United States Department of Justice, Drug Enforcement Administration, in the Southern District of Florida. In his official capacity as a member of the international team, Van Rassel received official reports from the United States Drug Enforcement Administration. The reports implicated Mr. Réal Gaudreau, a former resident of the Lac St-Jean area living in Hollywood, Florida at the time. Van Rassel applied for and obtained vacation leave and went to Florida. It was alleged that Van Rassel met with Gaudreau and disclosed to him confidential information contained in some of the reports in question.

The American authorities filed a complaint against Van Rassel. The charges mentioned that Van Rassel had solicited and accepted bribes in exchange for information given to him by the American authorities, thereby contravening 18 U.S.C. § 201(c). Van Rassel was acquitted after a jury trial.

The U.S. charges read as follows:

The Grand Jury charges that:

1. At all times relevant to this Indictment, defendant MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL was a constable in the Royal Canadian Mounted Police in Roberval, Quebec, Canada.

2. At all times relevant to this Indictment, the Royal Canadian Mounted Police were assisting the United States Department of Justice, Drug Enforcement Administration, in an investigation being conducted in the Southern District of Florida by following investigative leads in Canada.

3. At all times relevant to this Indictment, defendant MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL received confidential Drug Enforcement Administration investigative reports in Roberval, Canada in his official capacity in connection with said investigation.

acquittée aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances que ceux allégués devant un tribunal canadien?

Les faits se résument ainsi: l'agent Van Rassel travaillait pour la G.R.C. à Roberval. Cette dernière menait une enquête à Montréal conjointement avec la Drug Enforcement Administration du ministère de la Justice des États-Unis dans le district Sud de la Floride. En sa qualité officielle de membre de l'équipe internationale, Van Rassel a reçu des rapports officiels de la Drug Enforcement Administration des États-Unis. Les rapports impliquaient M. Réal Gaudreau, ancien résident de la région du Lac St-Jean, qui habitait alors à Hollywood en Floride. Van Rassel a demandé et obtenu des vacances, et s'est rendu en Floride. On a allégué que Van Rassel a rencontré Gaudreau et lui a divulgué des informations confidentielles contenues dans certains des rapports en question.

Les autorités américaines ont porté plainte contre Van Rassel. Les chefs d'accusation mentionnaient que Van Rassel avait sollicité et accepté des pots-de-vin en échange d'informations qui lui auraient été données par les autorités américaines, contrevenant ainsi au 18 U.S.C. § 201c). Suite à un procès devant jury, Van Rassel fut acquitté.

Les chefs d'accusation américains se lisent comme suit:

[TRADUCTION] Le grand jury porte les accusations suivantes:

1. Pendant toute la période visée par le présent acte d'accusation, le défendeur MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL était agent de la Gendarmerie royale du Canada, à Roberval, province de Québec, Canada.

2. Pendant toute la période visée par le présent acte d'accusation, la Gendarmerie royale du Canada prêtait main forte à la Drug Enforcement Administration du ministère de la Justice des États-Unis, relativement à une enquête menée dans le district Sud de la Floride, en procédant à des enquêtes sur certains sujets au Canada.

3. Pendant toute la période visée par le présent acte d'accusation, le défendeur MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL a reçu, à Roberval, Canada, des rapports d'enquête confidentiels de la Drug Enforcement Administration dans l'exercice de ses fonctions liées à ladite enquête.

1. On or about May 1, 1985, at Dade County, in the Southern District of Florida, and elsewhere, the defendant, MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL, knowingly and willfully did travel in interstate and foreign commerce, from Montréal, Canada, to Miami, Florida with intent to promote and carry on and facilitate the promotion and carrying on of an unlawful activity, that is, the solicitation and acceptance of a bribe, in violation of Title 18, United States Code, Section 201(c), and thereafter performed and attempted to perform acts to promote and carry on and facilitate the promotion and carrying on of said unlawful activity, by seeking and obtaining payment for the unauthorized disclosure of confidential investigative information of the United States Department of Justice, Drug Enforcement Administration; in violation of Title 18, United States Code, Section 1952(a)(3).

2. On or about May 5, 1985, at Dade County, in the Southern District of Florida, the defendant, MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL, knowingly, willfully and without authority did convey a record and thing of value of the United States, which value exceeded \$100, that is, confidential law enforcement information in an investigative report of the United States Department of Justice, Drug Enforcement Administration; in violation of Title 18, United States Code, Section 641.

3. Between on or about May 3, 1985 and on or about May 9, 1985, at Dade County in the Southern District of Florida, the defendant, MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL, being a public official, acting for and on behalf of the . . . Drug Enforcement Administration, in an official function, that is, as a constable in the Royal Canadian Mounted Police assisting the Drug Enforcement Administration in an investigation being conducted under and by the authority of the Drug Enforcement Administration knowingly, willfully and corruptly, directly and indirectly, did ask, demand, exact, solicit, seek, accept, receive and agree to receive a thing of value, that is, money, for himself, in return for being influenced in the performance of official acts and being induced to do acts in violation of his official duty, in that the defendant, MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL, accepted a \$2,000 cash payment and did agree to receive an additional \$20,000 cash payment for the unauthorized disclosure of confidential investigative reports and information of the United States Department of Justice, Drug Enforcement Administration; in violation of Title 18, United States Code, Section 201(c). [Emphasis added.]

1. Le 1^{er} mai 1985 ou vers cette date, dans le comté de Dade, dans le district Sud de la Floride ou ailleurs, le défendeur, MICHAEL VAN RASSEL, a sciemment et volontairement traversé des frontières internationales et interétatiques de Montréal, au Canada, à Miami, en Floride dans le but d'encourager ou de réaliser un acte illégal ou d'en faciliter l'avancement ou la réalisation, savoir la sollicitation et l'acceptation d'une faveur, en violation de l'al. 201c) du titre 18 du United States Code, et a par la suite accompli ou tenté d'accomplir des actes dans le but d'encourager ou de réaliser cet acte illégal ou d'en favoriser l'avancement ou la réalisation en demandant et obtenant le paiement d'une somme d'argent pour dévoiler sans autorisation des renseignements confidentiels relatifs à une enquête de la Drug Enforcement Administration du ministère de la Justice des États-Unis, en violation du sous-al. 1952a)(3) du titre 18 du United States Code.

2. Le 5 mai 1985 ou vers cette date, dans le comté de Dade, dans le district Sud de la Floride, le défendeur, MICHAEL VAN RASSEL, a sciemment, volontairement et sans autorisation transporté un document ou un bien de valeur, propriété des États-Unis, dont la valeur dépassait 100 \$, savoir des renseignements confidentiels contenus dans un rapport d'enquête de la Drug Enforcement Administration du ministère de la Justice des États-Unis, en violation de l'art. 641 du titre 18 du United States Code.

3. Entre le 3 mai 1985 ou vers cette date et le 9 mai 1985 ou vers cette date, dans le comté de Dade, dans le district Sud de la Floride, le défendeur, MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL, dans l'exercice d'une charge officielle, agissant pour le compte de la Drug Enforcement Administration, dans l'exécution de ses fonctions, à titre d'agent de la Gendarmerie royale du Canada, dans le cadre d'une enquête menée par la Drug Enforcement Administration, a sciemment et volontairement, par corruption, directement et indirectement demandé, exigé, accepté et reçu et convenu de recevoir un objet ayant de la valeur, savoir une somme d'argent, pour lui-même, pour modifier l'accomplissement d'actes officiels et accomplir des actes contraires aux devoirs de sa charge officielle, savoir que le dit défendeur MICHAEL ADRIAN VAN RASSEL a accepté un versement comptant de 2 000 \$ et convenu de recevoir un autre versement comptant de 20 000 \$ pour révéler sans autorisation la teneur de rapports d'enquêtes et de renseignements confidentiels détenus par la Drug Enforcement Administration du ministère de la Justice des États-Unis, en violation de l'al. 201c) du titre 18 du United States Code. [Je souligne.]

Van Rassel was subsequently charged in Canada with breach of trust. The charges read as follows:

[TRANSLATION]

1. At Roberval, district of Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, between February 22, 1985 and May 3, 1985, being an official, namely an officer of the Royal Canadian Mounted Police, did commit a breach of trust in connection with the duties of his office, to wit: by unlawfully converting to his personal use confidential information contained in two reports and a telex from the United States DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION in connection with an investigation concerning Anthony ACCETTURO with the intent to derive a profit therefrom, thereby committing an indictable offence under section 111 of the Criminal Code.
2. At Roberval, district of Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, between February 22, 1985 and May 3, 1985, being an official, namely an officer of the Royal Canadian Mounted Police, did commit a breach of trust in connection with the duties of his office, to wit: by unlawfully converting to his personal use copies, photocopies or reproductions of two reports and a telex containing confidential information from the United States DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION in connection with an investigation concerning Anthony ACCETTURO with the intent to derive a profit therefrom, thereby committing an indictable offence under section 111 of the Criminal Code.
3. At Roberval, district of Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, between February 22 and May 3, 1985, being an official, namely an officer of the Royal Canadian Mounted Police, did commit a breach of trust in connection with the duties of his office, to wit: by unlawfully converting to his personal use confidential information contained in two reports and a telex from the United States DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION in connection with an investigation concerning Anthony ACCETTURO, thereby committing an indictable offence under section 111 of the Criminal Code.
4. At Roberval, district of Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, between February 22, 1985 and May 3, 1985, being an official, namely an officer of the Royal Canadian Mounted Police, did commit a breach of trust in connection with the duties of his office, to wit: by unlawfully converting to his personal use copies, photocopies or reproductions of two reports and a telex containing confidential information from the United States DRUG ENFORCE-

Par la suite, Van Rassel fut accusé au Canada d'abus de confiance. Les chefs d'accusation se lisent comme suit:

- ^a 1. À Roberval, district de Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, entre le 22 février 1985 et le 3 mai 1985, étant fonctionnaire, soit agent de la Gendarmerie Royale du Canada, a commis un abus de confiance relativement aux devoirs de sa charge, à savoir: en détournant illégalement pour son usage personnel des informations confidentielles contenues dans deux rapports et un télex du DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION des États-Unis relativement à une enquête concernant Anthony ACCETTURO avec l'intention d'en tirer un profit, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 111 du Code Criminel.
- ^b 2. À Roberval, district de Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, entre le 22 février 1985 et le 3 mai 1985, étant fonctionnaire, soit agent de la Gendarmerie Royale du Canada, a commis un abus de confiance relativement aux devoirs de sa charge, à savoir: en détournant illégalement pour son usage personnel des copies, photocopies ou reproductions de deux rapports et un télex contenant des informations confidentielles du DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION des États-Unis relativement à une enquête concernant Anthony ACCETTURO avec l'intention d'en tirer un profit, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 111 du Code Criminel.
- ^c 3. À Roberval, district de Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, entre le 22 février 1985 et le 3 mai 1985, étant fonctionnaire, soit agent de la Gendarmerie Royale du Canada, a commis un abus de confiance relativement aux devoirs de sa charge, à savoir: en détournant illégalement pour son usage personnel des informations confidentielles contenues dans deux rapports et un télex du DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION des États-Unis relativement à une enquête concernant Anthony ACCETTURO, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 111 du Code Criminel.
- ^d 4. À Roberval, district de Roberval, Michael Adrian VAN RASSEL, entre le 22 février 1985 et le 3 mai 1985, étant fonctionnaire, soit agent de la Gendarmerie Royale du Canada, a commis un abus de confiance relativement aux devoirs de sa charge, à savoir: en détournant illégalement pour son usage personnel des copies, photocopies, ou reproductions de deux rapports et un télex contenant des informations confidentielles du DRUG ENFORCEMENT

MENT ADMINISTRATION in connection with an investigation concerning Anthony ACCETTURO, thereby committing an indictable offence under section 111 of the Criminal Code. [Emphasis added.]

The trial judge accepted the accused's arguments that he could not be prosecuted in Canada because he had already been acquitted in the U.S. of the same offences. The judge accordingly ordered a stay of proceedings on the Canadian charges. The trial judge relied on the rules and principles of the plea of *autrefois acquit, res judicata*, the rule in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, the maxim *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Quebec Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal, rejecting the plea of *autrefois acquit*, but it did not rule on the other principles argued by the accused: [1988] R.J.Q. 112, 11 Q.A.C. 151. In the Court of Appeal's view, the Canadian charges differed from the U.S. charges, especially in that the Canadian charges were based on a breach of trust toward Canada: hence the appeal to the Supreme Court of Canada.

The accused argued that the Court of Appeal erred in considering only the question of *autrefois acquit* and in holding that the American and Canadian charges were different in composition.

Points in Issue

1. Do the principles relating to the concept of double jeopardy apply between two nations?

2. If the answer to the first question is yes, does applying the principles of double jeopardy lead to the conclusion that the trial judge was right in ordering a stay of proceedings against the accused?

ADMINISTRATION des États-Unis relativement à une enquête concernant Anthony ACCETTURO, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 111 du Code Criminel. [Je souligne.]

^a

Le juge de première instance a accepté les prétentions de l'accusé selon lesquelles il ne pouvait être poursuivi au Canada, parce qu'il avait déjà été acquitté pour les mêmes infractions aux États-Unis. Conséquemment, le juge a ordonné un arrêt des procédures relativement aux chefs d'accusation canadiens. Le juge de première instance s'est basé sur les règles et les principes du plaider d'*autrefois acquit*, la *res judicata*, les principes de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, la maxime *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* et l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^d

La Cour d'appel du Québec a accueilli unanimement le pourvoi du ministère public en rejetant le plaider d'*autrefois acquit*, sans toutefois se prononcer sur les autres principes invoqués par l'accusé: [1988] R.J.Q. 112, 11 Q.A.C. 151. Selon la Cour d'appel, les chefs d'accusation canadiens différaient des chefs d'accusation américains, surtout en ce que les chefs d'accusation canadiens étaient fondés sur l'élément d'abus de confiance envers le Canada. D'où le pourvoi à la Cour suprême du Canada.

L'accusé prétend que la Cour d'appel a erré en ne considérant que le principe d'*autrefois acquit*, et en décidant que les chefs d'accusation américains et canadiens ne comportaient pas les mêmes éléments.

^h Les questions en litige

1. Est-ce que les principes ayant trait au concept de double péril s'appliquent entre deux nations?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'application des principes de double péril mène-t-elle à la conclusion qu'il y avait lieu d'ordonner un arrêt des procédures contre l'accusé, comme l'a fait le juge de première instance?

Discussion1. *Do the Principles Relating to the Concept of Double Jeopardy Apply Between Two Nations?*

The common law authorities have accepted the proposition that the concept of double jeopardy may apply between two nations: *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 2, para. 88; *R. v. Thomas*, [1985] Q.B. 604 (C.A.) In this regard, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal wrote in *R. v. Stratton* (1978), 3 C.R. (3d) 289, at p. 298 (*obiter*), that the plea of *autrefois acquit* applies to foreign convictions. In his view, s. 535(5)(a) of the *Criminal Code* refers to an acquittal or to a conviction, including a conviction or acquittal in another country. In *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 212, La Forest J., after ruling that each of the countries had a concomitant jurisdiction to try the offenders, said the following:

I am also aware that the view I have taken leaves open the possibility that a person could be prosecuted for the same offence in more than one country, but any injustice that might result from this eventuality could be avoided by resort to the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*, which have been applied to persons tried in other countries; [Emphasis added.]

Additionally, the American courts have held that the double jeopardy rule does not preclude two prosecutions for the same offence, one for a breach of federal law and the other for a breach of State law, noting that applying the double jeopardy principle in such circumstances could adversely affect the sovereignty of each government: *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959). The problem does not arise in this form in Canada, in view of the federal Parliament's supreme powers. Still, it can be argued by analogy that a rule which prohibits the Canadian government from prosecuting someone because of an earlier conviction or acquittal in another country adversely affects Canadian sovereignty.

Discussion1. *Est-ce que les principes ayant trait au concept de double péril s'appliquent entre deux nations?*

Les autorités de common law ont accepté la proposition selon laquelle le concept de double péril peut s'appliquer entre deux nations: *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1976), vol. 2, par. 88; *R. v. Thomas*, [1985] Q.B. 604 (C.A.) À ce sujet, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a écrit dans *R. v. Stratton* (1978), 3 C.R. (3d) 289, à la p. 298 (*obiter*), que le plaidoyer d'*autrefois acquit* s'applique aux condamnations étrangères. Selon lui, l'al. 535(5)a du *Code criminel* réfère à un acquittement ou à une déclaration de culpabilité, incluant une condamnation ou un acquittement dans un autre pays. Le juge La Forest dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, à la p. 212, après avoir décidé que chacun des pays avait une compétence concomitante pour juger les contrevenants, a constaté ceci:

Je suis également conscient que le point de vue que j'ai adopté laisse subsister la possibilité qu'une personne soit poursuivie pour la même infraction dans plus d'un pays, mais il serait possible d'éviter toute injustice qui pourrait en résulter en invoquant les moyens de défense d'*autrefois acquit* et d'*autrefois convict*, qui ont été appliqués aux personnes jugées dans d'autres pays; [Je souligne.]

Par ailleurs, les tribunaux américains ont jugé que la règle du double péril n'empêche pas qu'il y ait deux poursuites pour la même infraction, l'une pour une infraction à une loi fédérale et l'autre pour une infraction à une loi d'un État, constatant que l'application du principe de double péril dans ces circonstances pourrait nuire à la souveraineté de chaque gouvernement: *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959). Le problème ne se présente pas sous cette forme au Canada étant donné les pouvoirs suprêmes du Parlement fédéral. Par analogie, on peut néanmoins prétendre qu'une règle qui défend au gouvernement du Canada de poursuivre une personne à cause d'une condamnation ou d'un acquittement antérieur dans un autre pays, nuirait à la souveraineté du Canada.

In view of the conclusion I have arrived at on the second question, it is not necessary to decide in this case which of these two positions should prevail.

2. *If the Answer to the First Question is Yes, Does Applying the Principles of Double Jeopardy Lead to the Conclusion That the Trial Judge Was Right in Ordering a Stay of Proceedings Against the Accused?*

Before answering this question, an answer must first be given to the following question: did the Court of Appeal err in considering only the defence of *autrefois acquit*, without dealing with the other principles relied on by the accused, namely *res judicata*, the rule in *Kienapple*, the Latin maxim *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* and s. 11(h) of the *Charter*?

I would answer this question in the affirmative. The double jeopardy concept expressed in the Latin maxim cited is a principle of general application which is expressed in the form of more specific rules, such as the plea of *autrefois acquit*, issue estoppel and the rule stated in *Kienapple*. The term *res judicata*, likewise, has sometimes been used in a broad sense to comprise all of these various principles, though since Laskin J. (as he then was) expressed his preference for the term in *Kienapple*, at p. 748, to describe the principle in that case it has often been used as a term of art. The case law shows that these principles differ in the way they are applied, despite their common origin. The application of s. 11(h) of the *Charter* must be determined by considering the wording of this provision. For these reasons, each of the defences put forward by the accused must be considered separately.

(a) *Autrefois acquit*

The defence of *autrefois acquit* is codified in the *Criminal Code*. The relevant sections read as follows:

534. (1) An accused who is called upon to plead may plead guilty or not guilty, or the special pleas authorized by this Part and no others.

Vu la conclusion à laquelle j'arrive sur la deuxième question, il n'est pas nécessaire de décider dans cette cause de la position qui devrait primer.

2. *Si la réponse à la première question est affirmative, l'application des principes de double péril mène-t-elle à la conclusion qu'il y avait lieu d'ordonner un arrêt des procédures contre l'accusé, comme l'a fait le juge de première instance?*

Avant de trancher cette question, il faut d'abord répondre à la question suivante: la Cour d'appel a-t-elle erré en ne considérant que la défense d'*autrefois acquit*, sans se pencher sur les autres principes invoqués par l'accusé, c'est-à-dire, la *res judicata*, le principe de l'arrêt *Kienapple*, la maxime latine *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* et l'al. 11h) de la *Charte*?

Je répondrais à cette question par l'affirmative. Le concept de double péril, exprimé dans la maxime latine citée, est un principe d'application générale qui s'exprime par des règles plus particulières, comme le plaidoyer d'*autrefois acquit*, la chose jugée comme fin de non-recevoir (*issue estoppel*) et la règle établie dans l'arrêt *Kienapple*. De même, l'expression *res judicata* a parfois été utilisée pour désigner l'ensemble de ces principes mais puisque le juge Laskin (tel était alors son titre) a dans l'affaire *Kienapple*, à la p. 748, choisi cette expression pour désigner le principe particulier qu'il y énonçait, elle a souvent par la suite été considérée comme un terme de l'art. La jurisprudence révèle que chacun de ces principes diffère dans leurs détails d'application malgré leur origine commune. Quant à l'al. 11h) de la *Charte*, son application doit être déterminée en considérant le libellé de cet alinéa. Pour ces raisons, il faut considérer séparément chacune des défenses soulevées par l'accusé.

a) *Autrefois acquit*

La défense d'*autrefois acquit* est codifiée dans le *Code criminel*. Les articles pertinents se lisent comme suit:

534. (1) L'accusé appelé à plaider peut s'avouer coupable ou nier sa culpabilité ou présenter les seuls moyens de défense spéciaux qu'autorise la présente Partie.

535. (1) An accused may plead the special pleas of

- (a) *autrefois acquit*,
- (b) *autrefois convict*, and
- (c) pardon.

(5) Where an accused pleads *autrefois acquit* or *autrefois convict* it is sufficient if he

- (a) states that he has been lawfully acquitted, convicted or discharged under subsection 662.1(1), as the case may be, of the offence charged in the count to which the plea relates;

537. (1) Where an issue on a plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* to a count is tried and it appears

- (a) that the matter on which the accused was given in charge on the former trial is the same in whole or in part as that on which it is proposed to give him in charge, and

- (b) that on the former trial, if all proper amendments had been made that might then have been made, he might have been convicted of all the offences of which he may be convicted on the count to which the plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* is pleaded,

the judge shall give judgment discharging the accused in respect of that count. [Emphasis added.]

To make out the defence of *autrefois acquit*, the accused must show that the two charges laid against him are the same. In particular, he must prove that the following two conditions have been met:

- (1) the matter is the same, in whole or in part; and
- (2) the new count must be the same as at the first trial, or be implicitly included in that of the first trial, either in law or on account of the evidence presented if it had been legally possible at that time to make the necessary amendments.

It is sometimes difficult to apply the principle of *autrefois acquit* to charges arising in criminal law systems completely different from our own. While the laws of different countries are rarely the same, it must be recognized that the plea of *autrefois acquit* is based on the principle of justice and

535. (1) Un accusé peut invoquer les moyens de défense spéciaux

- a) d'autrefois acquit,
- b) d'autrefois convict, et
- a c) de pardon.

(5) Si un accusé invoque la défense d'autrefois acquit ou d'autrefois convict, il suffit

- a) qu'il déclare avoir été légalement acquitté, reconnu coupable ou libéré conformément au paragraphe 662.1(1), selon le cas, de l'infraction imputée dans le chef d'accusation auquel se rapporte le plaidoyer;

537. (1) Lorsqu'une contestation sur une défense d'autrefois acquit ou d'autrefois convict à l'égard d'un chef d'accusation est jugée et qu'il paraît

- a) que l'affaire au sujet de laquelle l'accusé a été remis entre les mains de l'autorité compétente lors du procès antérieur est la même, en totalité ou en partie, que celle sur laquelle il est proposé de le remettre entre les mains de l'autorité compétente, et

- b) que, lors du procès antérieur, s'il avait été apporté toutes les modifications pertinentes qui auraient pu alors être faites, l'accusé aurait pu avoir été reconnu coupable de toutes les infractions dont il peut être convaincu sous le chef d'accusation en réponse auquel la défense d'autrefois acquit ou d'autrefois convict est invoquée,

le juge doit rendre un jugement libérant l'accusé de ce chef d'accusation. [Je souligne.]

Pour établir la défense d'autrefois acquit, l'accusé doit démontrer l'identité des deux accusations portées contre lui. En particulier, il doit prouver que les deux conditions suivantes sont remplies:

- (1) Il doit s'agir de la même affaire, en totalité ou en partie; et
- (2) le nouveau chef d'accusation doit être le même qu'au premier procès, ou être implicitement inclus dans celui du premier procès, soit en droit, soit en raison de la preuve faite s'il eût alors été légalement possible d'y apporter les modifications nécessaires.

Il est parfois difficile d'appliquer le principe d'autrefois acquit aux accusations tirant leur origine de systèmes de droit criminel complètement différents du nôtre. Les lois de pays différents sont rarement identiques, mais il faut se rendre compte que la défense d'autrefois acquit est fondée sur les

fairness and that the *Criminal Code* does not require that the charges be absolutely identical. Despite the technical form of the relevant sections of the *Criminal Code*, the substantive point is a simple one: could the accused have been convicted at the first trial of the offence with which he is now charged? If the differences between the charges at the first and second trials are such that it must be concluded that the charges are different in nature, the plea of *autrefois acquit* is not appropriate. On the other hand, the plea will apply if, despite the differences between the earlier and the present charges, the offences are the same. For example, the presence under foreign law of a defence which does not exist under domestic law will not prevent the principle of *autrefois acquit* from applying: *R. v. Aughet* (1918), 118 L.T. 658 (C.A.)

The elements of the Canadian charges are as follows:

1. At Roberval (in the province of Quebec), between February 22 and May 3, the accused (counts 1, 2, 3 and 4),
2. Being a Canadian official (counts 1, 2, 3 and 4),
3. Committed a breach of trust in connection with his duties as a Canadian official (counts 1, 2, 3 and 4),
4. That is to say, converted to his personal use (confidential information contained in two reports and a telex (counts 1 and 3), copies, photocopies or reproductions of two reports and a telex containing confidential information (counts 2 and 4)) from the Drug Enforcement Administration,
5. With the intent to derive a profit therefrom (counts 1 and 2).

Applying the principle of *autrefois acquit*, the question which arises in this case is the following: could the accused have been convicted on the American charges of the offences with which he is charged in Canada if the necessary amendments (not altering the nature of the offence) had been made?

In my opinion the answer to this question must be no. First, the Canadian charges are limited to

principes de justice et d'équité et que le *Code criminel* n'exige pas l'identité absolue des accusations. Malgré la forme technique des articles pertinents du *Code criminel*, la question de fond est simple: l'accusé aurait-il pu être condamné lors du premier procès pour l'infraction dont il est maintenant accusé? Si les différences entre les accusations du premier et du deuxième procès sont telles que l'on doit conclure que ces accusations sont d'un caractère différent, la défense d'*autrefois acquit* n'est pas pertinente. Par contre, la défense s'appliquera si, malgré les différences entre les accusations antérieures et les accusations en l'espèce, les infractions sont identiques. Par exemple, la présence dans la loi étrangère d'une défense qui n'existe pas dans la loi interne, n'empêchera pas l'application du principe d'*autrefois acquit*: *R. v. Aughet* (1918), 118 L.T. 658 (C.A.)

Les éléments des accusations canadiennes sont les suivants:

1. À Roberval (dans la province de Québec), entre le 22 février et le 3 mai, l'accusé, (chefs 1, 2, 3, 4).
2. Étant fonctionnaire canadien, (chefs 1, 2, 3, 4).
3. À commis un abus de confiance, relativement à ses devoirs comme fonctionnaire canadien, (chefs 1, 2, 3, 4).
4. C'est-à-dire, a détourné pour son usage personnel (des informations confidentielles contenues dans deux rapports et un télex (chefs 1, 3) des copies, photocopies ou reproductions de deux rapports et un télex contenant des informations confidentielles (chefs 2, 4)) du Drug Enforcement Administration.
5. Avec l'intention d'en tirer profit (chefs 1, 2).

Appliquant le principe d'*autrefois acquit*, la question qui se pose en l'espèce est celle-ci: l'accusé aurait-il pu être condamné sur la base des accusations américaines pour les infractions dont on l'accuse au Canada si les modifications nécessaires (ne changeant pas le caractère de l'infraction) avaient été faites?

À mon avis, la réponse à cette question doit être négative. Premièrement, les accusations canadiennes

events which occurred in Canada. None of the American charges would have been laid if, for example, the accused had copied the telex in Canada without taking the copies to the United States. Only the first American charge mentions Montréal, and it does so only with reference to the question of "interstate travel", which does not arise in the Canadian charges.

Second, the conduct referred to in the American and Canadian charges is different. American counts 1 and 3 require that the accused be an American official (according to a very broad definition) and that there should have been a transaction, that is an exchange of money for information or to exert illegal influence. The Canadian charges, for their part, require that the accused be a Canadian official and make no reference to any exchange of money.

The second American count requires only that a transaction have taken place. The count mentions that the accused "did convey a record and thing of value of the United States". The provision under which the charge was laid (18 U.S.C. § 641) states that it is a crime for anyone to "knowingly convert [...] to his use . . . [a] record . . . or thing of value of the United States".

Viewing this case in the light most favorable to the appellant, it could be assumed that the second count could have been amended to read as follows: "Michael Adrian Van Rassel did knowingly convert to his use a record or thing of value of the United States"; this aspect of the charge would then have been the same as the Canadian charges.

I am of the view, however, that the identity test in s. 537(1)(b) has not been met. Even as amended, the second American charge would not include one essential element of the Canadian charge, that of being a Canadian official, because this latter element is not part of the offence defined in 18 U.S.C. § 641. (The American provision in question does not require that the accused be an official.)

nes sont restreintes aux événements qui se sont déroulés au Canada. Aucune des accusations américaines n'aurait été portée si, par exemple, l'accusé avait copié le télex au Canada sans en apporter les copies aux États-Unis. Seul le premier chef d'accusation américain mentionne Montréal, et seulement sous l'aspect du déplacement entre États américains (*interstate travel*) qui n'est pas présent dans les accusations canadiennes.

Deuxièmement, la conduite visée par les accusations américaines et canadiennes est différente. Les chefs d'accusation américains, 1 et 3, exigent que l'accusé soit un fonctionnaire américain (selon une définition très large) et qu'il y ait eu une transaction, soit un échange d'argent pour de l'information ou pour exercer une influence illégale. Les accusations canadiennes, quant à elles, exigent que l'accusé soit un fonctionnaire canadien et ne font aucune mention d'échange d'argent.

Quant au deuxième chef d'accusation américain, il n'exige aucunement qu'une transaction ait eu lieu. Le chef mentionne que l'accusé «a transporté un document ou un bien de valeur, propriété des États-Unis». L'article en vertu duquel l'accusation a été portée (18 U.S.C. § 641) fait en sorte que c'est un crime pour quelqu'un [TRADUCTION] «de détourner sciemment pour son usage personnel [...] un] document [...] ou un bien de valeur, propriété des États-Unis».

En considérant cette affaire sous le jour le plus favorable à l'appellant, on pourrait tenir pour acquis que le deuxième chef aurait pu être modifié de la façon suivante: «Michael Adrian Van Rassel a détourné sciemment pour son usage personnel un document ou un bien de valeur, propriété des États-Unis»; cet aspect de l'accusation aurait alors été identique aux accusations canadiennes.

Je suis toutefois d'avis que le test d'identité de l'al. 537(1)(b) n'est pas satisfait. Même modifié, le deuxième chef d'accusation américain ne comporterait pas un élément essentiel du chef d'accusation canadien qui consiste à être fonctionnaire canadien, parce que ce dernier élément ne fait pas partie de l'infraction définie au 18 U.S.C. § 641. (La disposition américaine en question n'exige pas que l'accusé soit fonctionnaire.)

This analysis leads me to conclude that the accused could not have been convicted in the United States for offences of the same nature as those in the Canadian charges. Since the Canadian charges deal with Canadian events, require no proof of payment in exchange for information or illegal influence and are based on a breach of trust by a Canadian official in relation to the people of Canada, they are clearly different from the American charges.

For these reasons, I conclude that the plea of *autrefois acquit* does not apply in the circumstances.

(b) Rule in *Kienapple*

This rule, which is said to be based on the broader principle of *res judicata*, applies when two separate charges are based on the same delict or cause. It prescribes that a conviction cannot be registered on the second charge if there has been a conviction on the first charge. The same delict or cause is involved where there is no additional and distinguishing element contained in the offence that goes to guilt: *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480.

The rule stated in *Kienapple* does not assist the accused's case as the rule does not apply to offences involving different victims (assuming without deciding the point that the rule in *Kienapple* applies to charges laid after an acquittal). In *Prince*, Dickson C.J. wrote, at pp. 506-7:

It would appear from this passage that, at least in so far as crimes of personal violence are concerned, the rule against multiple convictions is inapplicable when the convictions relate to different victims. Indeed, I believe it was never within the contemplation of the majority in *Kienapple* that the rule enunciated therein would preclude two convictions for offences respectively containing as elements the injury or death of two different persons.

Society, through the criminal law, requires Prince to answer for both the injury to Bernice Daniels and the

Cette analyse m'amène à conclure que l'accusé ne pouvait être condamné aux États-Unis pour des infractions de même caractère que celles des accusations canadiennes. Étant donné que les accusations canadiennes ont pour objet des événements canadiens, qu'elles n'exigent aucune preuve de paiement en échange d'information ou d'influence illégale et qu'elles sont fondées sur l'abus de confiance d'un fonctionnaire canadien envers le peuple canadien, elles se distinguent nettement des accusations américaines.

Pour ces motifs, j'en viens à la conclusion que la défense d'*autrefois acquit* ne s'applique pas en l'espèce.

b) La règle établie dans l'arrêt *Kienapple*

Ce principe, dont on dit qu'il est fondé sur le principe plus large de la *res judicata*, s'applique lorsque deux accusations distinctes sont fondées sur le même délit ou la même cause. Il prescrit alors qu'un verdict de culpabilité ne peut être inscrit pour la seconde accusation si un tel verdict a été prononcé pour la première. On jugera qu'il s'agit du même délit ou de la même cause lorsque la seconde accusation ne comporte aucun élément additionnel ou distinctif qui touchent à la culpabilité: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

Le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* n'apporte rien à la défense de l'accusé, puisque ce principe ne s'applique pas à des infractions reliées à des victimes différentes (tenant pour acquis sans le décider que le principe établi dans *Kienapple* s'applique à des accusations portées après un acquittement). Dans l'arrêt *Prince*, le juge en chef Dickson a écrit aux pp. 506 et 507:

Il paraît se dégager de ce passage que, du moins en ce qui concerne les crimes violents contre des personnes, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ne s'applique pas lorsque les déclarations de culpabilité se rapportent à des victimes différentes. En fait, je crois que la Cour à la majorité dans l'arrêt *Kienapple* n'a jamais voulu que la règle énoncée dans cet arrêt rende impossible deux déclarations de culpabilité pour des infractions comportant respectivement comme éléments des lésions infligées à deux personnes différentes ou le décès de deux personnes différentes.

La société, par le moyen du droit criminel, exige que Prince rende compte à la fois des lésions infligées à

death of the child, just as it would require a person who threw a bomb into a crowded space to answer for the multiple injuries and deaths that might result, and just as it compels a criminally negligent driver to answer for each person injured or killed as a result of his or her driving: see *R. v. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386 (Ont. C.A.)

There is no question in this case of bodily injuries to different victims. Multiple victims are nonetheless involved. Van Rassel had a general duty of loyalty to the Canadian people and a temporary duty of loyalty to the United States, based on the trust placed in him.

For this reason, I am of the view that the rule in *Kienapple* does not apply in the circumstances.

(c) Issue Estoppel

The rule that a court should not rule on an issue that has already been decided by another court is a fundamental principle of our system of justice. The fact that a matter has already been the subject of a judicial decision may raise an estoppel against the party seeking to relitigate the matter. This is the principle of issue estoppel, and it too is related to the principle of *res judicata*. Issue estoppel is recognized in Canadian criminal law: *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798.

The respondent suggests that issue estoppel could not apply with respect to a foreign criminal judgment since the parties involved are not the same. It will not be necessary to decide this point since it is well established that the principle applies only in circumstances where it is clear from the facts that the question has already been decided. Laskin C.J. wrote in *Gushue*, at p. 807:

I am of opinion that the question of issue estoppel in respect of the robbery conviction is put to rest by the

Bernice Daniels et du décès de l'enfant, de la même manière qu'elle exigerait qu'une personne qui lancerait une bombe dans un lieu rempli de monde rende compte des blessures et des décès multiples qui pourraient résulter, et de la même manière qu'elle oblige un conducteur d'automobile qui fait preuve de négligence criminelle à répondre pour chaque personne blessée ou tuée par suite de sa conduite de l'automobile: voir l'arrêt *R. c. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386 (C.A. Ont.)

Il n'est pas question en l'espèce de blessures corporelles subies par des victimes différentes. Néanmoins, il s'agit de victimes multiples. Van Rassel avait une obligation générale de loyauté envers le peuple canadien, aussi bien qu'une obligation temporaire de loyauté envers les États-Unis, fondée sur la confiance qu'on lui avait accordée.

Pour cette raison, je suis d'avis que la règle établie dans l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce.

(c) Chose jugée comme fin de non-recevoir (issue estoppel)

La règle qui veut qu'un tribunal ne se penche pas sur une question en litige qui a déjà été tranchée par un autre tribunal est un principe fondamental de notre système de justice. Le fait qu'une affaire ait déjà fait l'objet d'une décision judiciaire peut entraîner une fin de non-recevoir opposable à la partie qui souhaite une nouvelle décision. Il s'agit du principe de la chose jugée comme fin de non-recevoir, également relié au principe de la *res judicata*. La chose jugée comme fin de non-recevoir est reconnue en droit criminel canadien: *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798.

L'intimée suggère que la chose jugée ne saurait s'appliquer à l'égard d'un jugement criminel étranger puisque les parties impliquées ne sont pas les mêmes. Il ne sera pas nécessaire de décider de cette question parce qu'il est clairement établi que le principe ne s'applique que dans les circonstances où il ressort nettement des faits que la question a déjà été tranchée. C'est ainsi que le juge en chef Laskin a écrit dans l'arrêt *Gushue*, à la p. 807:

Je suis d'avis que la question de la fin de non-recevoir à l'égard de la déclaration de culpabilité pour vol quali-

following statement, which I adopt, in Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 134:

... The possibility or even the probability that the jury found in the accused's favour on a particular issue is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the verdict of the jury.

See also *Wright v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

In the present case there is nothing to indicate that the American jury found in the accused's favour on the particular issues raised in the Canadian charges. The jury might have acquitted the accused for reasons entirely distinct from those underlying the Canadian jury's decision. This becomes apparent when we consider the differences between the American and Canadian charges. The result might perhaps have been different if the appellant had adduced in evidence the opinion of an expert in American law establishing that an issue in the Canadian proceedings had been decided in his favour in the United States, but he did nothing in this regard. This defence thus does not assist the accused's case.

(d) Section 11(h) of the Charter

Section 11(h) reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

Section 11(h) of the *Charter* applies only in circumstances where the two offences with which the accused is charged are the same. In *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court held that the same act can give rise to different offences, each offence being based on a separate duty. Wilson J. said, at p. 566:

I would hold that the appellant in this case is not being tried and punished for the same offence. The "offences" are quite different. One is an internal disciplinary matter. The accused has been found guilty of a

fié est réglée par l'énoncé suivant, que j'adopte, Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 134:

[TRADUCTION] ... La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l'accusé sur un point particulier ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du verdict du jury.

Voir aussi *Wright v. The Queen*, [1963] R.C.S. 539; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

Dans le cas présent, rien n'indique que le jury américain ait conclu en faveur de l'accusé sur les points particuliers soulevés dans les accusations canadiennes. Le jury aurait pu acquitter l'accusé pour des raisons tout à fait distinctes de celles pertinentes à la décision d'un jury canadien. Cela devient manifeste quand on considère les différences entre les accusations américaines et les accusations canadiennes. Le résultat eût peut-être été différent si l'appellant avait présenté en preuve l'opinion d'un expert en droit américain démontrant qu'une question en litige dans les procédures canadiennes a été décidée en sa faveur aux États-Unis, mais il n'en fit rien. Ce moyen de défense ne sert donc pas la cause de l'accusé.

d) L'alinéa 11h) de la Charte

L'alinéa 11h) se lit comme suit:

11. Tout inculpé a le droit:

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

L'alinéa 11h) de la *Charte* ne s'applique que dans des circonstances où les deux infractions pour lesquelles l'accusé est poursuivi sont les mêmes. Dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, notre Cour a statué que le même acte peut donner lieu à des infractions différentes, chaque infraction étant fondée sur une obligation distincte. Le juge Wilson a dit à la p. 566:

Je conclus que l'appellant en l'espèce n'est pas jugé ni puni de nouveau pour la même infraction. Les «infractions» sont totalement différentes. L'une porte sur une question de discipline interne. L'accusé a été déclaré

major service offence and has, therefore, accounted to his profession. The other offence is the criminal offence of assault. The accused must now account to society at large for his conduct. He cannot complain, as a member of a special group of individuals subject to private internal discipline, that he ought not to account to society for his wrongdoing. His conduct has a double aspect as a member of the R.C.M.P. and as a member of the public at large. To borrow from the words of the Chief Justice quoted above, I am of the view that the two offences were "two different 'matters', totally separate one from the other and not alternative one to the other". While there was only one act of assault there were two distinct delicts, causes or matters which would sustain separate convictions.

In the present case the American and Canadian offences are different because they are based on duties of a different nature. Even though the American and Canadian offences are purely criminal in nature, the alleged conduct of the accused has a double aspect: first, wrongdoing as a Canadian official with a special duty to the Canadian public under s. 111 of the *Criminal Code*, and second, wrongdoing as an American official or member of the American public, temporarily subject to American law. The accused must now account for his conduct to the Canadian public as well as to the American public, as the offences relate to different duties. For this reason, I am of the opinion that s. 11(h) of the *Charter* is of no assistance to the accused.

Conclusion

For all these reasons, I would dismiss the appeal and refer the matter back to the trial judge for the trial to proceed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Lawrence Corriveau, Québec.

Solicitor for the respondent: Daniel Brunet, Montréal.

coupable d'une infraction majeure ressortissant au service dont il a, par conséquent, rendu compte à sa profession. L'autre infraction est l'infraction criminelle de voies de fait. L'accusé doit maintenant rendre compte de sa conduite à la société en général. Il ne peut se plaindre, comme membre d'un groupe spécial d'individus assujettis à une discipline interne privée, qu'il ne devrait pas être responsable de son méfait envers la société. Sa conduite a un double aspect comme membre de la G.R.C. et comme membre du public en général. Pour reprendre les termes précités du Juge en chef, je suis d'avis que les deux infractions constituent «deux 'choses' différentes, tout à fait distinctes l'une de l'autre, qui ne constituent pas des infractions de remplacement l'une par rapport à l'autre.» Bien qu'il n'y ait eu qu'un seul acte de voies de fait, il y a eu deux causes, choses ou délits distincts sur lesquels pourraient être fondées des déclarations de culpabilité distinctes.

En l'espèce, les infractions américaines et canadiennes sont différentes parce qu'elles sont fondées sur des obligations d'un caractère différent. Même si les infractions américaines et canadiennes sont de nature purement criminelle, la conduite qu'on reproche à l'accusé comporte un double aspect: un écart de conduite en tant que fonctionnaire canadien ayant une obligation spéciale envers le public canadien en vertu de l'art. 111 du *Code criminel* premièrement, et deuxièmement, un écart de conduite en tant que fonctionnaire américain ou membre du public américain assujetti temporairement à la loi américaine. L'accusé doit maintenant répondre de sa conduite envers le public canadien, aussi bien qu'envers le public américain, étant donné que les infractions visent des obligations différentes. Pour cette raison, je suis d'avis que l'al. 11h) de la *Charte* ne contribue pas à la défense de l'accusé.

Conclusion

Pour tous ces motifs, je rejetterais l'appel et je renverrais l'affaire au juge de première instance afin que le procès se poursuive.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Lawrence Corriveau, Québec.

Procureur de l'intimée: Daniel Brunet, Montréal.

Ronald Percy Storrey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. STORREY

File No.: 19725.

1989: November 3; 1990: February 15.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Accused arrested for aggravated assault and detained 18 hours before charge laid — Accused kept in custody for the purposes of conducting an identification parade — Whether accused's arrest lawful — Whether accused arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 450(1), 454(1).

Three Americans returning to Michigan were cut off by another vehicle as they approached the border near Windsor and were forced to stop. The driver and passenger of this vehicle got out and came over to the Americans' car. The driver punched one of the Americans while his passenger slashed all three of them with a knife. The victims gave the police a general description of the assailants and of their vehicle—a blue Ford, possibly a Thunderbird manufactured during the years 1973 to 1975. Two of the victims were later brought to the police station and, after reviewing some 800 photographs, selected 4 or 5 pictures of men who "looked like" the assailant with the knife. Significantly they both chose the photograph of one Darryl Cameron. Following an investigation, the police eliminated Cameron as a suspect. But the investigating officer's searches revealed that the appellant had been stopped on numerous occasions driving a 1973 blue Thunderbird, that he closely resembled Cameron and that he had a criminal record which included crimes of violence. A police bulletin was issued for his arrest on the charge of aggravated assault. The appellant was found six days later and arrested at 7:25 p.m. He was charged the next day at 1:44 p.m. The officer stated that the 18-hour delay in laying the formal charge was occasioned by the need to bring the victims to Windsor in order to conduct the identification parade which was the only method of identification available. At the line-up, the victims identified the appellant as

Ronald Percy Storrey *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. STORREY

N° du greffe: 19725.

1989: 3 novembre; 1990: 15 février.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraires — Accusé arrêté pour voies de fait graves et détenu pendant 18 heures avant qu'une accusation ne soit portée — Accusé gardé en détention aux fins d'une séance d'identification — L'accusé a-t-il été arrêté légalement? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450(1), 454(1).

Trois Américains qui retournaient au Michigan se sont fait barrer la route par un autre véhicule alors qu'ils s'approchaient de la frontière près de Windsor et ont été forcés d'arrêter. Le conducteur et le passager sont sortis de ce véhicule et se sont dirigés vers la voiture des Américains. Le conducteur a asséné un coup de poing à l'un de ces derniers tandis que son passager les a tous tailladés avec un couteau. Les victimes ont donné à la police une description générale des agresseurs et de leur véhicule—une Ford bleue, peut-être une Thunderbird fabriquée entre 1973 et 1975. Deux des victimes ont par la suite été amenées au poste de police où, après avoir examiné quelque 800 photographies, elles en ont choisi 4 ou 5 d'hommes «ressemblant» à l'agresseur armé du couteau. Fait révélateur, elles ont toutes les deux choisi la photo d'un nommé Darryl Cameron. À la suite d'une enquête, la police a écarté Cameron comme suspect. Toutefois, les recherches du policier enquêteur ont révélé que l'appellant avait été arrêté à maintes reprises au volant d'une Thunderbird bleue de l'année 1973, qu'il ressemblait beaucoup à Cameron et qu'il avait un casier judiciaire faisant état notamment de crimes violents. La police a lancé un bulletin requérant son arrestation relativement à l'accusation de voies de fait graves. L'appellant a été trouvé six jours plus tard et arrêté à 19 h 25. L'accusation a été portée contre lui le lendemain à 13 h 44. Le policier a dit que, si l'on avait attendu 18 heures pour porter l'accusation officiellement, cela

their assailant. The police also found the ownership for a 1973 blue Thunderbird in the appellant's residence.

At trial, the judge found that the investigating officer had reasonable and probable grounds for the arrest but that the arrest was unlawful because it did not meet the criteria of s. 450(2) of the *Criminal Code*. He concluded that the arrest was arbitrary and in violation of s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and ordered a stay of proceedings. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the appellant's arrest and detention violated s. 9 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellant's arrest was lawful and proper. Section 450(1) of the *Code* is applicable to this case and not s. 450(2). Section 450(1) requires that an arresting officer must subjectively have reasonable and probable grounds on which to base the arrest. Those grounds must, in addition, be justifiable from an objective point of view. That is to say, a reasonable person placed in the position of the officer must be able to conclude that there were indeed reasonable and probable grounds for the arrest. On the other hand, the police need not demonstrate anything more than reasonable and probable grounds. Specifically they are not required to establish a *prima facie* case for conviction before making the arrest. In this case, the trial judge's finding that the investigating officer had reasonable and probable grounds to make the arrest was amply supported by the evidence. The reasonable grounds could be justified subjectively as well as objectively.

An arrest which is lawfully made does not become unlawful simply because the police intend to continue their investigation after the arrest. Here, the police had reasonable and probable grounds to arrest the appellant and there was nothing improper about their intention to continue the investigation. Neither that intention nor the continued investigation made the arrest unlawful.

The appellant's detention for 18 hours before the charge was laid, primarily for the purpose of furthering

découlait de la nécessité de faire venir les victimes à Windsor pour procéder à la séance d'identification qui était la seule méthode d'identification dont on disposait. Lors de la séance d'identification, les victimes ont identifié l'appellant comme étant leur agresseur. La police a également découvert au domicile de l'appellant un certificat d'immatriculation relatif à une Thunderbird bleue de l'année 1973.

Au procès, le juge a conclu que le policier enquêteur avait eu des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation, mais que celle-ci était illégale puisqu'elle ne répondait pas aux critères énoncés au par. 450(2) du *Code criminel*. Le juge a statué que l'arrestation était arbitraire et contraire à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'arrestation et la détention de l'appellant ont constitué une violation de l'art. 9 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'arrestation de l'appellant a été effectuée légalement et régulièrement. C'est le par. 450(1) du *Code*, et non pas le par. 450(2), qui s'applique en l'espèce. Le paragraphe 450(1) exige que l'agent de police qui effectue une arrestation ait subjectivement des motifs raisonnables et probables d'y procéder. Ces motifs doivent en outre être objectivement justifiables, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police doit pouvoir conclure qu'il y avait effectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Par ailleurs, la police n'a pas à démontrer davantage que l'existence de motifs raisonnables et probables. Plus précisément, elle n'est pas tenue, pour procéder à l'arrestation, d'établir une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité. En l'espèce, la conclusion du juge du procès que le policier enquêteur avait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation est largement appuyée par la preuve. Ces motifs raisonnables pouvaient se justifier tant du point de vue subjectif que du point de vue objectif.

Une arrestation effectuée légalement ne devient pas illégale du simple fait que la police entend poursuivre son enquête après l'arrestation. En l'espèce, la police avait des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant et il n'y avait rien d'irrégulier dans son intention de continuer l'enquête. Ni cette intention ni la continuation de l'enquête n'a rendu l'arrestation illégale.

La détention de l'appellant pendant 18 heures avant que l'accusation ne soit portée, principalement pour

the police investigation, did not constitute an arbitrary detention. The identification parade was the fairest means as well as the sole practical means of identification. Since the appellant was arrested in the evening, it is unlikely that the victims, who lived outside the jurisdiction, could be found and brought to the line-up before the next morning. The appellant was brought before a justice of the peace and charged immediately after the line-up. In these circumstances, the delay was not unreasonable and offended neither s. 454(1) of the *Code* nor s. 9 of the *Charter*.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, aff'd on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 93; **referred to:** *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206; *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641; *Dallison v. Caffery*, [1964] 3 W.L.R. 385; *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437; *R. v. Koszulap* (1974), 27 C.R.N.S. 226; *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311; *Ralph v. Peppersack*, 335 F.2d 128 (1964).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(1). *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 450(1) [rep. & sub. c. 2 (2nd Supp.), s. 5], (2) [*idem*], 454(1) [*idem*; am. 1974-75-76, c. 93, s. 46(1)], 483 [am. 1972, c. 13, s. 40; am. 1974-75-76, c. 93, s. 62].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered January 17, 1986 allowing the Crown's appeal from a judgment of Cusinato Co. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Andrew Z. Kerekes, for the appellant.

Dana L. Venner, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is whether the arrest and detention of the appellant Storrey constituted a breach of the provisions of s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

permettre à la police de poursuivre son enquête, n'était pas arbitraire. La séance d'identification représentait la méthode d'identification la plus juste et la seule pratique. Comme l'appelant a été arrêté le soir, il était peu probable que les victimes, qui habitaient à l'extérieur du ressort, puissent être trouvées et conduites à la séance d'identification avant le lendemain matin. L'appelant a été conduit devant un juge de paix et inculqué immédiatement après la séance d'identification. Dans ces circonstances, le retard n'était pas injustifié et ne violait ni le par. 454(1) du *Code* ni l'art. 9 de la *Charte*.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, conf. pour d'autres motifs, [1989] 1 R.C.S. 93; **arrêts mentionnés:** *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206; *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641; *Dallison v. Caffery*, [1964] 3 W.L.R. 385; *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437; *R. v. Koszulap* (1974), 27 C.R.N.S. 226; *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311; *Ralph v. Peppersack*, 335 F.2d 128 (1964).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(1). *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450(1) [abr. & rempl. ch. 2 (2^e supp.), art. 5], (2) [*idem*], 454(1) [*idem*; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 46(1)], 483 [mod. 1972, ch. 13, art. 40; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 62].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 17 janvier 1986, accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre une décision du juge Cusinato de la Cour de comté et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Andrew Z. Kerekes, pour l'appelant.

Dana L. Venner, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si l'arrestation et la détention de l'appelant Storrey ont constitué une violation de l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Factual Background

On July 26, 1983 three Americans were driving back to their homes in the State of Michigan. As they approached the International Bridge in Windsor, Ontario, another vehicle suddenly cut them off and forced them to stop. The driver and passenger of this vehicle got out and came over to the Americans' car. The driver punched one of the Americans while his passenger slashed all three of them with a knife. The injuries of one were serious enough to require hospitalization. The assailants then departed before they could be apprehended.

The two less seriously injured victims were taken to the police station shortly after the incident and reviewed some 800 photographs. From these they chose 4 or 5 "look-alikes". Significantly they both chose the photograph of one Darryl Cameron as "looking like" the assailant with the knife. All three of the victims gave a general description of the attackers that was similar. This enabled the police artist to make a composite drawing of the assailants. The victims also described the car used by their attackers as being a Ford, possibly a Thunderbird, blue in colour and manufactured during the years 1973 to 1975.

The ensuing investigation was rightly described by the trial judge as good police work. The officer in charge of the investigation, Detective-Sergeant Larkin, drove the victims about the City of Windsor after the incident. At that time the victims identified the car used by their attackers as a Thunderbird. Larkin then issued a police bulletin which contained a general description of the assailants and the car they used.

Larkin investigated the activities of Cameron whose picture had been identified by two of the victims. He learned that Cameron had not even been in the jurisdiction at the time of the assault. The officer then turned to the "persons investigated" file kept by the Windsor police. He undertook this review in order to locate and trace vehicles similar to that described by the victims, as he knew that a 1973 to 1975 blue Thunderbird was, if not a

I. Les faits

Le 26 juillet 1983, trois Américains rentraient en voiture chez eux dans l'État du Michigan. ^a Comme ils s'approchaient du pont international à Windsor (Ontario), un autre véhicule leur a soudainement barré la route, les obligeant à arrêter. Le conducteur et le passager en sont sortis et se sont dirigés vers la voiture des Américains. ^b Le conducteur a asséné un coup de poing à l'un de ces derniers tandis que son passager les a tous tailladés avec un couteau. Dans un cas, les lésions infligées ont été assez graves pour nécessiter l'hospitalisation. Les assailants sont alors partis avant de ^c pouvoir être appréhendés.

Les deux victimes moins gravement blessées ont été amenées peu après l'incident au poste de police, où elles ont examiné environ 800 photographies. ^d Parmi celles-ci, elles ont choisi 4 ou 5 «sosies». Fait révélateur, elles ont toutes les deux choisi celle d'un nommé Darryl Cameron comme «ressemblant» à l'assaillant armé du couteau. Les trois ^e victimes ont donné de leurs assailants des signalements généraux semblables, ce qui a permis à l'artiste policier de dresser des portraits-robots des agresseurs. Les victimes ont également décrit la voiture utilisée par leurs assailants comme étant ^f une Ford bleue, peut-être une Thunderbird, fabriquée entre 1973 et 1975.

Le juge du procès a qualifié à juste titre de bon travail policier l'enquête qui a suivi. L'agent chargé de l'enquête, le sergent-détective Larkin, a conduit les victimes un peu partout dans la ville de Windsor après l'incident. C'est à ce moment qu'elles ont identifié la voiture de leurs assailants comme étant une Thunderbird. Larkin a alors ^h lancé un bulletin policier contenant une description générale des assailants et de leur voiture.

Larkin a fait enquête sur les activités de Cameron, dont la photo avait été retenue par deux des ⁱ victimes. Il a appris que Cameron ne se trouvait même pas dans le ressort au moment de l'agression. Ensuite, l'agent a consulté le dossier des [TRADUCTION] «personnes ayant fait l'objet d'une ^j enquête» tenu par la police de Windsor. Son but était de retrouver des véhicules semblables à celui décrit par les victimes, car il savait qu'une Thun-

rare vehicle, certainly not a common one in the City of Windsor. As a result of his searches Larkin discovered that the appellant Storrey had been stopped on a number of occasions driving a 1973 blue Thunderbird. He then obtained a photo of Storrey from the files and compared it to the photo of Cameron. Larkin testified that the photos indicated that the two men were so similar that in his words they could have been brothers or twins. In addition, he found that the appellant had a criminal record which included crimes of violence.

As a result of these investigations, Larkin concluded that he had reasonable and probable grounds for the arrest of the appellant. He issued a bulletin for the arrest of Storrey on August 4. It was not easy to find the appellant. It was not until August 10 at 7:25 p.m. that he was arrested. However, the appellant was not formally charged and brought before a Justice of the Peace until shortly after 1:44 p.m. the next day, a little over eighteen hours from the time of his arrest. While the appellant was in custody, the police obtained a search warrant for his residence and found there the ownership for a 1973 blue Thunderbird car. When Storrey was asked where the car was he replied that he had "sorta" sold the car since he "didn't want it near him".

Larkin frankly stated that the delay in laying the formal charge resulted from his desire to have the victims attend at the police station to witness a line-up to see if they could identify the appellant. He explained that it was difficult to locate the victims because they were in another jurisdiction at some distance from the police station. Furthermore, in his view a police line-up was the only method of identification that was available to see if the victims could identify Storrey. Clearly, it was difficult to find Storrey as exemplified by the week that passed from the issuing of the bulletin to the time of his arrest. A less intrusive method of identification, such as attendance by the witnesses

derbird bleue fabriquée entre 1973 et 1975, était, sinon rare, à tout le moins peu commune dans la ville de Windsor. Grâce à ses recherches, Larkin a découvert que l'appelant Storrey avait été arrêté à maintes reprises au volant d'une Thunderbird bleue de l'année 1973. Il a alors retiré une photo de Storrey des dossiers et l'a comparée avec celle de Cameron. Larkin a témoigné que, d'après les photos, les deux hommes se ressemblaient tellement que, pour reprendre son expression, ils auraient pu être des frères ou des jumeaux. Il a constaté en outre que l'appelant avait un casier judiciaire faisant état notamment de crimes violents.

Par suite de ces enquêtes, Larkin a conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant. Le 4 août, il a lancé un bulletin requérant l'arrestation de Storrey. L'appelant n'a pas été facile à trouver. En effet, ce n'est qu'à 19 h 25 le 10 août qu'on l'a arrêté. Toutefois, il n'a été officiellement inculqué et amené devant un juge de paix que peu après 13 h 44 le lendemain, soit un peu plus de 18 heures après son arrestation. Pendant que l'appelant était en détention, la police a obtenu un mandat l'autorisant à perquisitionner à son domicile et y a découvert un certificat d'immatriculation relatif à une Thunderbird bleue de l'année 1973. Quand on lui a demandé où se trouvait la voiture, Storrey a répondu qu'il l'avait [TRADUCTION] «en quelque sorte» vendue parce qu'il [TRADUCTION] «ne voulait plus la voir».

Larkin a déclaré franchement avoir attendu pour porter officiellement l'accusation parce qu'il désirait que les victimes participent à une séance d'identification au poste de police pour voir si elles pouvaient reconnaître l'appelant. Il a expliqué qu'il avait été difficile de repérer les victimes étant donné qu'elles se trouvaient dans un autre ressort, à une certaine distance du poste de police. De plus, une séance d'identification était, à son avis, le seul moyen dont on disposait pour vérifier si les victimes étaient en mesure d'identifier Storrey. De toute évidence, ce dernier a été difficile à trouver, comme en témoigne le fait qu'une semaine s'est écoulée entre le jour où le bulletin a été lancé et

at the appellant's place of work, was thus unavailable.

At the line-up the victims identified the appellant as their assailant. Larkin readily conceded that if Storrey had not been identified at that time he would have been released. Indeed, Keith Girard, who was known to be an associate of the appellant, had also been arrested and had participated in the line-up. He was not identified and was released. It should be noted as well that there has been no suggestion that the police acted in bad faith at any time during the course of their investigation and arrest of the appellant.

II. The Decision on the *Voir dire*

At trial it was contended that the arrest and detention of the appellant contravened the right guaranteed to him by s. 9 of the *Charter*. That section provides that: "Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned". The trial judge then conducted a *voir dire* to determine whether there had been a breach of s. 9 of the *Charter*. Unfortunately, the reasons he gave at the conclusion of the proceeding indicate some confusion on his part. The appellant was arrested without a warrant on a charge of aggravated assault. Therefore, the basis for his arrest is to be found within s. 450(1) (now s. 495(1)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. That section provides that a peace officer may arrest without a warrant a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence. Nevertheless, the trial judge stated that the arrest was unlawful because it did not comply with the requirements of s. 450(2) of the *Criminal Code*. That section was inapplicable in this case. It only applies to an offence which is either a summary conviction offence, a hybrid offence or an indictable offence listed in s. 483 (now s. 553) of the *Code*, which list does not include aggravated assault. Sections 450(1) and 450(2) read as follows:

celui de l'arrestation. Le recours à une méthode d'identification moins contraignante, comme par exemple le fait d'amener les témoins au lieu de travail de l'appellant, était en conséquence impossible.

Lors de la séance d'identification, les victimes ont identifié l'appellant comme étant leur agresseur. Larkin a reconnu volontiers que si Storrey n'avait pas été identifié à cette séance, il aurait été mis en liberté. En fait, Keith Girard, que l'on savait être un associé de l'appellant, avait également été arrêté et avait participé à la séance d'identification. Comme on ne l'a pas reconnu, il a été relâché. Il est à noter en outre que personne ne taxe les policiers de mauvaise foi ni dans la conduite de leur enquête ni dans l'arrestation de l'appellant.

d II. La décision relative au voir-dire

Au procès, on a fait valoir que l'arrestation et la détention de l'appellant violaient le droit que lui garantissait l'art. 9 de la *Charte*. Cet article porte: «Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires». Le juge du procès a alors tenu un voir-dire afin de déterminer s'il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte*. Malheureusement, les motifs qu'il a prononcés à l'issue de cette procédure traduisent une certaine confusion de sa part. L'appellant avait été arrêté sans mandat relativement à une accusation de voies de fait graves. La justification de son arrestation doit donc se trouver au par. 450(1) (maintenant le par. 495(1)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, aux termes duquel un agent de la paix peut arrêter sans mandat une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel. Le juge du procès a néanmoins affirmé que l'arrestation était illégale parce qu'elle n'était pas conforme aux exigences du par. 450(2) du *Code criminel*. Or, cette disposition-là ne s'applique pas en l'espèce, étant donnée qu'elle ne vise que les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, les infractions hybrides ou les actes criminels énumérés à l'art. 483 (maintenant l'art. 553) du *Code*, laquelle énumération ne comprend pas les voies de fait graves. Les paragraphes 450(1) et (2) sont ainsi conçus:

450. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence, *a*

(b) a person whom he finds committing a criminal offence, or

(c) a person for whose arrest he has reasonable and probable grounds to believe that a warrant is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found. *b*

(2) A peace officer shall not arrest a person without warrant for

(a) an indictable offence mentioned in section 483, *c*

(b) an offence for which the person may be prosecuted by indictment or for which he is punishable on summary conviction, or

(c) an offence punishable on summary conviction, *d*

in any case where

(d) he has reasonable and probable grounds to believe that the public interest, having regard to all the circumstances including the need to *e*

(i) establish the identity of the person,

(ii) secure or preserve evidence of or relating to the offence, or

(iii) prevent the continuation or repetition of the offence or the commission of another offence, *f*

may be satisfied without so arresting the person, and

(e) he has no reasonable grounds to believe that, if he does not so arrest the person, the person will fail to attend in court in order to be dealt with according to law. *g*

It can be seen that the requirements for an arrest without warrant are stricter in the circumstances provided for by s. 450(2). *h*

The error made by the trial judge regarding s. 450 was serious enough in itself to question the validity of the ruling. However, there are still further indications of confusion. Early in his reasons, the trial judge stated that while Larkin undoubtedly had reasonable and probable grounds "in his own mind" for an arrest, the purpose of the arrest was strictly "as a further investigative tool to confirm or deny the suspicions of Detective-Sergeant Larkin". But later on, the trial judge *i* *j*

450. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat

a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel,

b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle, ou

c) une personne contre laquelle il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un mandat d'arrestation est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

(2) Un agent de la paix ne doit arrêter une personne sans mandat

a) pour un acte criminel mentionné à l'article 483, *c*

b) pour une infraction pour laquelle la personne peut être poursuivie par voie de mise en accusation ou punie sur déclaration sommaire de culpabilité, ou

c) pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, *d*

dans aucun cas où

d) il a des motifs raisonnables et probables de croire que l'intérêt public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nécessité *e*

(i) d'identifier la personne,

(ii) de recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative, ou

(iii) d'empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète, ou qu'une autre infraction soit commise, *f*

peut être sauvegardé sans arrêter la personne sans mandat, et où

e) il n'a aucun motif raisonnable de croire que, s'il n'arrête pas la personne sans mandat, celle-ci omettra d'être présente au tribunal pour être traitée selon la loi. *g*

Il appert donc que l'arrestation sans mandat est soumise à des exigences plus sévères dans les circonstances visées au par. 450(2). *h*

L'erreur commise par le juge du procès relativement à l'art. 450 a été assez grave en soi pour mettre en doute la validité de sa décision. Il existe toutefois d'autres signes de confusion. Au début de ses motifs, le juge du procès a dit que, si Larkin avait indubitablement [TRADUCTION] «dans son propre esprit» des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation, cette arrestation avait strictement pour but de servir [TRADUCTION] «d'outil d'enquête supplémentaire destiné à confirmer» *i* *j*

appeared to make a clear finding of fact that Larkin objectively had a sufficient basis for making the arrest when he stated that "Detective-Sergeant Larkin had reasonable and probable grounds, based on the evidence he accumulated" to make the arrest, and that the only reason the arrest was unlawful was that it did not meet the criteria of s. 450(2). It was for this reason (the failure to meet the requirements of s. 450(2)) that the trial judge determined that the arrest was arbitrary and therefore in violation of s. 9 of the *Charter*. He went on to find that the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* was a stay of proceedings.

Court of Appeal

The Court of Appeal of Ontario, in unanimous reasons, concluded that the trial judge was in error. It held that there were reasonable and probable grounds for the arrest, that the detention was neither undue nor arbitrary and directed a new trial.

III. Were There Reasonable and Probable Grounds for Arresting the Appellant?

In order to determine whether the appellant was arbitrarily detained or imprisoned in this case, it is necessary to first review the authority under which Detective-Sergeant Larkin was acting when the arrest was made. The relevant provisions of the *Code* are ss. 450(1) and 454(1) (now ss. 495(1) and 503(1)). These sections read as follows:

450. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence,

(b) a person whom he finds committing a criminal offence, or

(c) a person for whose arrest he has reasonable and probable grounds to believe that a warrant is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

mer ou à infirmer les soupçons du sergent-détective Larkin». Mais plus loin, le juge du procès semble conclure nettement que, objectivement, Larkin avait un motif suffisant de procéder à l'arrestation, lorsqu'il affirme que [TRADUCTION] «le sergent-détective Larkin avait des motifs raisonnables et probables, fondés sur les éléments de preuve qu'il avait réunis», de procéder à l'arrestation et que l'illégalité de celle-ci tenait uniquement au fait qu'elle ne répondait pas aux critères énoncés au par. 450(2). C'est pour cette raison (le non-respect des exigences du par. 450(2)) que le juge du procès a conclu que l'arrestation était arbitraire et, partant, contraire à l'art. 9 de la *Charte*. Il a décidé en outre que la réparation qu'il convenait d'accorder en vertu du par. 24(1) de la *Charte* était l'arrêt des procédures.

d Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario, se prononçant à l'unanimité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur. Affirmant qu'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation et que la détention n'avait rien d'indue ni d'arbitraire, la cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. Existait-il des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant?

Pour déterminer si l'appellant a été arbitrairement détenu ou emprisonné en l'espèce, il nous faut d'abord examiner de quoi le sergent-détective Larkin s'est autorisé pour effectuer l'arrestation. Les dispositions pertinentes du *Code* sont les par. 450(1) et 454(1) (maintenant les par. 495(1) et 503(1)). Ces paragraphes portent:

450. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat

(a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel,

(b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle, ou

(c) une personne contre laquelle il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un mandat d'arrestation est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

454. (1) A peace officer who arrests a person with or without warrant or to whom a person is delivered under subsection 449(3) shall cause the person to be detained in custody and, in accordance with the following provisions, to be taken before a justice to be dealt with according to law, namely:

(a) where a justice is available within a period of twenty-four hours after the person has been arrested by or delivered to the peace officer, the person shall be taken before a justice without unreasonable delay and in any event within that period, and

(b) where a justice is not available within a period of twenty-four hours after the person has been arrested by or delivered to the peace officer, the person shall be taken before a justice as soon as possible,

unless, at any time before the expiration of the time prescribed in paragraph (a) or (b) for taking the person before a justice,

(c) the peace officer or officer in charge releases the person under any other provision of this Part, or

(d) the peace officer or officer in charge is satisfied that the person should be released from custody, whether unconditionally under subsection (3) or otherwise conditionally or unconditionally, and so releases him.

Section 450(1) makes it clear that the police were required to have reasonable and probable grounds that the appellant had committed the offence of aggravated assault before they could arrest him. Without such an important protection, even the most democratic society could all too easily fall prey to the abuses and excesses of a police state. In order to safeguard the liberty of citizens, the *Criminal Code* requires the police, when attempting to obtain a warrant for an arrest, to demonstrate to a judicial officer that they have reasonable and probable grounds to believe that the person to be arrested has committed the offence. In the case of an arrest made without a warrant, it is even more important for the police to demonstrate that they have those same reasonable and probable grounds upon which they base the arrest.

The importance of this requirement to citizens of a democracy is self-evident. Yet society also needs protection from crime. This need requires that there be a reasonable balance achieved between the individual's right to liberty and the need

454. (1) Un agent de la paix qui arrête une personne avec ou sans mandat ou auquel une personne est livrée en vertu du paragraphe 449(3) doit la faire mettre sous garde et, conformément aux dispositions suivantes, la faire conduire devant un juge de paix pour qu'elle soit traitée selon la loi, à savoir:

a) si un juge de paix est disponible dans un délai de vingt-quatre heures après qu'elle a été arrêtée par l'agent de la paix ou lui a été livrée, elle doit être conduite devant un juge de paix sans retard injustifié et, dans tous les cas, au plus tard dans ledit délai, et

b) si un juge de paix n'est pas disponible dans un délai de vingt-quatre heures après qu'elle a été arrêtée par l'agent de la paix ou lui a été livrée, elle doit être conduite devant un juge de paix le plus tôt possible,

à moins que, à un moment quelconque avant l'expiration du délai prescrit à l'alinéa a) ou b) pour la conduire devant un juge de paix,

c) l'agent de la paix ou le fonctionnaire responsable ne la mette en liberté en vertu de quelque autre disposition de la présente Partie, ou que

d) l'agent de la paix ou le fonctionnaire responsable ne soit convaincu qu'elle devrait être mise en liberté soit inconditionnellement, notamment en vertu du paragraphe (3), soit sous condition, et ne la mette ainsi en liberté.

Il ressort clairement du par. 450(1) que la police devait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis l'infraction de voies de fait graves, sans quoi elle ne pouvait l'arrêter. En l'absence de cette importante mesure protectrice, même la société la plus démocratique ne pourrait que trop facilement devenir la proie des abus et des excès d'un État policier. Afin de sauvegarder la liberté des citoyens, le *Code criminel* exige que la police, lorsqu'elle tente d'obtenir un mandat d'arrestation, démontre à un officier de justice qu'elle a des motifs raisonnables et probables de croire que la personne à arrêter a perpétré l'infraction. Dans le cas d'une arrestation sans mandat, il importe encore davantage que la police établisse l'existence de ces mêmes motifs raisonnables et probables justifiant l'arrestation.

L'importance que revêt cette exigence pour les citoyens d'une démocratie se passe de démonstration. Mais la société a besoin également de protection contre le crime. Ce besoin commande l'établissement d'un équilibre raisonnable entre le droit

for society to be protected from crime. Thus the police need not establish more than reasonable and probable grounds for an arrest. The vital importance of the requirement that the police have reasonable and probable grounds for making an arrest and the need to limit its scope was well expressed in *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), wherein Scott L.J. stated at p. 329:

The power possessed by constables to arrest without warrant, whether at common law for suspicion of felony, or under statutes for suspicion of various misdemeanours, provided always they have reasonable grounds for their suspicion, is a valuable protection to the community; but the power may easily be abused and become a danger to the community instead of a protection. The protection of the public is safeguarded by the requirement, alike of the common law and, so far as I know, of all statutes, that the constable shall before arresting satisfy himself that there do in fact exist reasonable grounds for suspicion of guilt. That requirement is very limited. The police are not called on before acting to have anything like a *prima facie* case for conviction; but the duty of making such inquiry as the circumstances of the case ought to indicate to a sensible man is, without difficulty, presently practicable, does rest on them; for to shut your eyes to the obvious is not to act reasonably.

There is an additional safeguard against arbitrary arrest. It is not sufficient for the police officer to personally believe that he or she has reasonable and probable grounds to make an arrest. Rather, it must be objectively established that those reasonable and probable grounds did in fact exist. That is to say a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have believed that reasonable and probable grounds existed to make the arrest. See *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54 (N.S.C.A.), at p. 66; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206 (H.L.), at p. 228.

In summary then, the *Criminal Code* requires that an arresting officer must subjectively have

des particuliers à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime. C'est pourquoi il suffit que la police établisse l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. L'importance capitale de l'exigence que la police ait des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation ainsi que la nécessité de limiter la portée de cette exigence sont bien exprimées dans l'arrêt *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), où le lord juge Scott dit, à la p. 329:

[TRADUCTION] Le pouvoir qu'ont les agents de police d'arrêter une personne sans mandat, que ce soit en common law parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction majeure (*felony*), ou en vertu d'une loi parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction mineure (*misdemeanour*), pourvu toujours que leurs soupçons reposent sur des motifs raisonnables, constitue une protection précieuse pour la collectivité; mais, comme il se prête facilement aux abus, ce pouvoir peut, loin de la protéger, se révéler dangereux pour la collectivité. Le public est protégé par la condition préalable, existant en common law et, pour autant que je sache, dans toutes les lois, selon laquelle, avant de procéder à l'arrestation, l'agent de police doit être convaincu de l'existence réelle de motifs raisonnables de soupçonner la culpabilité. Cette condition est très limitée. Les agents de police ne sont pas tenus, avant d'agir, d'avoir une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité; il leur incombe néanmoins de procéder à toute enquête que, dans les circonstances, un homme raisonnable devrait considérer comme pouvant sans difficulté être menée immédiatement; car se refuser à l'évidence n'est guère raisonnable.

Il existe une autre protection contre l'arrestation arbitraire. Il ne suffit pas que l'agent de police croie personnellement avoir des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation. Au contraire, l'existence de ces motifs raisonnables et probables doit être objectivement établie. En d'autres termes, il faut établir qu'une personne raisonnable, se trouvant à la place de l'agent de police, aurait cru à l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Voir *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54 (C.A.N.-É.), à la p. 66; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206 (H.L.), à la p. 228.

En résumé donc, le *Code criminel* exige que l'agent de police qui effectue une arrestation ait

reasonable and probable grounds on which to base the arrest. Those grounds must, in addition, be justifiable from an objective point of view. That is to say, a reasonable person placed in the position of the officer must be able to conclude that there were indeed reasonable and probable grounds for the arrest. On the other hand, the police need not demonstrate anything more than reasonable and probable grounds. Specifically they are not required to establish a *prima facie* case for conviction before making the arrest.

In the case at bar, the trial judge specifically stated that "Larkin had reasonable and probable grounds" to make the arrest. In my view there was ample evidence on which the trial judge could very properly make that finding. The reasonable grounds could be based subjectively on the testimony of Larkin and objectively upon the cumulative effect of the following items; (a) the possession and ownership by Storrey of a 1973 blue Thunderbird, which was a relatively unusual and uncommon car and was the type of car used in the infraction; (b) the fact that he had been stopped by the police on several occasions driving that car; (c) his past record of violence; (d) the fact that two of the victims picked out a picture of Cameron as someone who looked like their assailant; and (e) the remarkable resemblance of Storrey to Cameron. These factors taken together clearly were sufficient in their cumulative effect to constitute reasonable and probable grounds for Larkin to arrest the appellant. The Court of Appeal was correct in coming to the conclusion that this was indeed the finding of the trial judge on this issue and that he was correct in making that finding.

It should be noted, as well, that there is nothing to indicate that there was anything in the circumstances of the arrest which would make it suspect on any other ground. That is to say, there is no indication that the arrest was made because a police officer was biased towards a person of a different race, nationality or colour, or that there

subjectivement des motifs raisonnables et probables d'y procéder. Ces motifs doivent en outre être objectivement justifiables, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police doit pouvoir conclure qu'il y avait effectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Par ailleurs, la police n'a pas à démontrer davantage que l'existence de motifs raisonnables et probables. Plus précisément, elle n'est pas tenue, pour procéder à l'arrestation, d'établir une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité.

En l'espèce, le juge du procès a précisé que [TRADUCTION] «Larkin avait des motifs raisonnables et probables» de procéder à l'arrestation. À mon avis, il existait amplement d'éléments de preuve qui permettaient au juge du procès de tirer à très bon droit cette conclusion. En effet, les motifs raisonnables pouvaient se dégager, du point de vue subjectif, du témoignage de Larkin et, du point de vue objectif, de l'effet cumulatif des facteurs suivants: a) le fait que Storrey avait en sa possession une Thunderbird bleue de l'année 1973 dont il était le propriétaire, voiture qui était relativement rare et peu commune et représentait le type de véhicule utilisé lors de la perpétration de l'infraction, b) le fait que la police l'avait déjà arrêté à maintes reprises alors qu'il conduisait cette voiture, c) ses antécédents témoignant d'actes de violence, d) le fait que deux des victimes ont vu dans la photographie de Cameron une ressemblance avec leur agresseur, et e) la ressemblance frappante entre Storrey et Cameron. Pris ensemble, ces facteurs étaient nettement suffisants pour donner à Larkin des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant. La Cour d'appel a eu raison de conclure que c'était effectivement ce qu'avait décidé le juge du procès sur cette question et que sa décision était bien fondée.

Il est à noter en outre que rien n'indique que l'arrestation a eu lieu dans des circonstances qui la rendraient suspecte pour quelque autre raison. J'entends par là que rien ne porte à croire que l'arrestation a été imputable aux préjugés qu'un agent de police aurait eus contre une personne de race, de nationalité ou de couleur différente ou

was a personal enmity between a police officer directed towards the person arrested. These factors, if established, might have the effect of rendering invalid an otherwise lawful arrest. However, the arrest of the appellant was in every respect lawful and proper.

It must next be seen whether the appellant could be detained after his arrest so that the police could continue their investigation.

Did the Professed Intention of the Police to Continue the Investigation After the Arrest Invalidate It?

It is the appellant's position that because the arrest was made in order to put the appellant in a line-up, it was improper. Reliance was placed on the majority decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, affirmed on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 93. In that case, MacKinnon A.C.J.O. at p. 297, quoted Martin J.A. in *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641, at p. 653, wherein he stated:

... a police officer has no right to detain a person for questioning or for further investigation. No one is entitled to impose any physical restraint upon the citizen except as authorized by law, and this principle applies as much to police officers as to anyone else. Although a police officer may approach a person on the street and ask him questions, if the person refuses to answer the police officer must allow him to proceed on his way, unless, of course, the officer arrests him on a specific charge or arrests him pursuant to s. 450 of the Code...

MacKinnon A.C.J.O. used this quote to support his position that an arrest which is made solely to assist in the investigation is an arrest made for an "improper purpose".

In my view, the judgment of MacKinnon A.C.J.O. must be considered in the context of the case itself. The facts in the *Duguay* decision were far different from those in the case at bar. In the *Duguay* case, on the night before the theft of his property the victim saw three young men drinking beer at the house next door. They exhibited an

qu'un agent de police éprouvait de l'animosité pour la personne arrêtée. Ces facteurs, s'ils étaient établis, pourraient entraîner l'invalidité d'une arrestation par ailleurs légale. L'arrestation de l'appellant a cependant été effectuée légalement et régulièrement à tous les égards.

Nous devons maintenant examiner si l'appellant pouvait être détenu après son arrestation afin de permettre à la police de poursuivre son enquête.

L'intention exprimée par la police de continuer l'enquête après l'arrestation entraîne-t-elle l'invalidité de celle-ci?

L'appellant fait valoir que, parce qu'on l'a arrêté dans le but de le faire participer à une séance d'identification, l'arrestation était entachée d'irrégularité. On s'est appuyé sur l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, lequel a été confirmé pour d'autres motifs, [1989] 1 R.C.S. 93. Dans cette affaire, le juge en chef adjoint MacKinnon, à la p. 297, cite les propos suivants tenus par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Dedman* (1981), 32 O.R. (2d) 641, à la p. 653:

[TRADUCTION] ... un agent de police n'a pas le droit de détenir une personne pour l'interroger ou pour poursuivre une enquête. Un citoyen ne peut être privé de sa liberté qu'en conformité avec la loi et ce principe s'applique autant aux agents de police qu'à toute autre personne. Bien qu'un agent de police puisse accoster une personne dans la rue et lui poser des questions, si la personne refuse d'y répondre, l'agent de police doit lui permettre de poursuivre son chemin, à moins, bien entendu, qu'il ne l'arrête relativement à une inculpation précise ou en vertu de l'art. 450 du Code...

Le juge en chef adjoint MacKinnon a invoqué ce passage pour appuyer son point de vue selon lequel une arrestation effectuée à seule fin de faciliter l'enquête est une arrestation effectuée dans un [TRADUCTION] «dessein illégitime».

À mon avis, le jugement du juge en chef adjoint MacKinnon doit être examiné dans le contexte de l'affaire elle-même. Or, les faits dans l'affaire *Duguay* étaient bien différents de ceux de la présente espèce. Dans cette affaire, la victime du vol avait aperçu au cours de la soirée précédente trois jeunes hommes qui buvaient de la bière chez le

interest in his activities and in particular inquired, as he was putting his dog in the garage, whether the victim always put his dog in the garage. That night when the victim came home he discovered the theft of his belongings. The next morning he told his neighbour of the theft and about the incident of the night before. The neighbour advised him that he knew who the three young men were. The neighbour called the young men and asked them to his house. When they arrived the police arrested the young men and some time later obtained a confession from them that they had committed the theft.

It is important to note that the neighbour did not state and did not know that the three men committed the robbery. The only information the neighbour possessed was that of the identity of the three men the victim had seen drinking beer the night before. There was absolutely no evidence connecting the three accused with the crime. It came as no surprise that the trial judge found that there was no basis for the police statement that they had reasonable and probable grounds to believe the accused had committed the crime. Indeed, one of the officers testified that: "We arrested them to determine whether they actually did it or not". Thus the arrest in the *Duguay* case could not and did not comply with the requirements of s. 450(1) of the *Code* and the arrest was unlawful. Against this background of an unlawful arrest, the Court of Appeal then considered whether the detention of the accused violated s. 9 of the *Charter*. It was in this context that MacKinnon A.C.J.O. stated that an arrest which had been made solely to assist in an investigation was an arrest made for an "improper purpose".

The statement goes no further than confirming that an otherwise unlawful arrest cannot be justified on the grounds that it was necessary in order to further the investigation of the crime. It should not be taken as establishing a principle that whenever a lawful arrest is made, in circumstances where the police intend to do further investigation, that the arrest should then be considered to have been made for an improper purpose.

voisin immédiat. Ils avaient manifesté de l'intérêt à l'égard de ses activités et, comme elle mettait son chien dans le garage, lui avaient demandé en particulier si elle l'y laissait toujours. Ce soir-là, quand la victime est retournée chez elle, elle a constaté le vol de ses biens. Le matin suivant, elle a informé son voisin du vol et de l'incident survenu la veille au soir. Le voisin lui a dit qu'il connaissait les trois jeunes hommes en question et les a appelés, leur demandant de se rendre chez lui. Quand ils sont arrivés, la police a arrêté les jeunes hommes qui, quelque temps après, ont avoué avoir commis le vol.

Il importe de souligner que le voisin n'avait pas dit et ne savait pas que les trois jeunes hommes avaient commis le vol. L'unique renseignement que possédait le voisin était l'identité des trois hommes que la victime avait aperçus en train de boire de la bière au cours de la soirée précédente. Il n'existait absolument aucun élément de preuve reliant les trois accusés au crime. Il ne fut guère étonnant que le juge du procès ait conclu que rien ne permettait à la police d'affirmer qu'elle avait des motifs raisonnables et probables de croire que les accusés avaient commis le crime. En fait, l'un des policiers a témoigné: [TRADUCTION] «Nous les avons arrêtés afin de déterminer si c'étaient eux les auteurs du crime.» Ainsi, l'arrestation dans l'affaire *Duguay* ne pouvait pas satisfaire et ne satisfaisait pas aux exigences du par. 450(1) du *Code* et elle était donc illégale. Dans ce contexte d'une arrestation illégale, la Cour d'appel s'est demandé ensuite si la détention des accusés constituait une violation de l'art. 9 de la *Charte*. C'est dans ces circonstances que le juge en chef adjoint MacKinnon a affirmé qu'une arrestation effectuée à seule fin de faciliter une enquête est une arrestation effectuée dans un «dessein illégitime».

Cette déclaration ne fait que confirmer qu'une arrestation par ailleurs illégale ne saurait se justifier pour le motif qu'il était nécessaire d'y procéder pour continuer l'enquête sur le crime en question. Il ne faut pas y voir l'énoncé d'un principe portant que, chaque fois qu'une arrestation légale s'effectue dans des circonstances où la police a l'intention de poursuivre son enquête, cette arrestation devrait alors être considérée comme ayant été effectuée dans un dessein illégitime.

On the contrary, it has long been the rule in Canada and the United Kingdom that the police can continue their investigation subsequent to an arrest. The essential role of the police is to investigate crimes. That role and function can and should continue after they have made a lawful arrest. The continued investigation will benefit society as a whole and not infrequently the arrested person. It is in the interest of the innocent arrested person that the investigation continue so that he or she may be cleared of the charges as quickly as possible.

This well established principle was reiterated by Lord Denning, M.R., in *Dallison v. Caffery*, [1964] 3 W.L.R. 385 (C.A.), at p. 398:

When a constable has taken into custody a person reasonably suspected of felony, he can do what is reasonable to investigate the matter, and to see whether the suspicions are supported or not by further evidence. He can, for instance, take the person suspected to his own house to see whether any of the stolen property is there; else it may be removed and valuable evidence lost. He can take the person suspected to the place where he says he was working, for there he may find persons to confirm or refute his alibi. The constable can put him up on an identification parade to see if he is picked out by the witnesses. So long as such measures are taken reasonably, they are an important adjunct to the administration of justice. By which I mean, of course, justice not only to the man himself but also to the community at large. The measures must, however, be reasonable.

The same principle was confirmed by the House of Lords in *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437, at p. 445.

An arrest which is lawfully made does not become unlawful simply because the police intend to continue their investigation after the arrest. To repeat, in the case at bar the police had reasonable and probable grounds on which to base their decision to arrest the appellant. Further, there was nothing improper about the police intention to continue their investigation of the crime after they had made the arrest. Neither that intention nor the continued investigation made the arrest unlawful.

Au contraire, la règle suivie depuis longtemps au Canada et au Royaume-Uni permet à la police de poursuivre son enquête à la suite d'une arrestation. Le rôle de la police consiste essentiellement à faire enquête sur les crimes. C'est là une fonction qu'elle peut et devrait continuer à exercer après avoir effectué une arrestation légale. La continuation de l'enquête profitera à la société dans son ensemble et souvent aussi à la personne arrêtée. En effet, il est dans l'intérêt de la personne innocente arrêtée que l'enquête se poursuive afin que son innocence à l'égard des accusations puisse être établie dans les plus brefs délais.

Ce principe bien établi est repris par le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Dallison v. Caffery*, [1964] 3 W.L.R. 385 (C.A.), à la p. 398:

[TRADUCTION] Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement soupçonnée d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour enquêter sur l'affaire et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve. Il peut, par exemple, emmener le suspect à sa maison afin de voir si des biens volés s'y trouvent, sinon ils pourraient être enlevés, entraînant ainsi la perte de précieux éléments de preuve. Il peut emmener le suspect à l'endroit où il dit avoir travaillé, car il pourrait s'y trouver des personnes en mesure de confirmer ou de réfuter son alibi. L'agent de la paix peut faire participer le suspect à une séance d'identification pour voir s'il sera désigné par des témoins. Dans la mesure où de telles mesures sont prises raisonnablement, elles constituent un auxiliaire important à l'administration de la justice. J'entends par là, bien entendu, justice non seulement pour le suspect lui-même mais aussi pour la collectivité en général. Il doit toutefois s'agir de mesures raisonnables.

Le même principe a été confirmé par la Chambre des lords dans l'arrêt *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437, à la p. 445.

Une arrestation effectuée légalement ne devient pas illégale du simple fait que la police a l'intention de poursuivre son enquête après l'arrestation. Je le répète, la police avait en l'espèce des motifs raisonnables et probables qui justifiaient sa décision d'arrêter l'appelant. De plus, il n'y avait rien d'irrégulier dans l'intention de la police de continuer l'enquête sur le crime après avoir effectué l'arrestation. Ni cette intention ni la continuation de l'enquête n'a rendu l'arrestation illégale. Les

The circumstances of the arrest of the appellant did not constitute an infringement of s. 9 of the *Charter*.

IV. Did the Detention for 18 Hours Before the Charge Was Laid Constitute an Arbitrary Detention?

It was the appellant's position that his detention for 18 hours before a formal charge was laid was an unreasonable delay caused solely by the desire of the police to further their investigation. It was said that the detention contravened the provisions of s. 454(1) of the *Code* and s. 9 of the *Charter*. As noted above, Detective-Sergeant Larkin candidly stated that the delay in laying the formal charge was occasioned by the need to bring the victims to Windsor in order to conduct the identification parade. He conceded that although he had adequate grounds to arrest the appellant, he did not have sufficient evidence to warrant a conviction without a further identification. He readily agreed that if the appellant had not been identified, he would have been released in the same manner as Girard. The issue then is whether in the circumstances of this case the detention of the appellant for the significant period of a little over 18 hours, primarily for the purpose of furthering the police investigation, constituted a violation of s. 9 of the *Charter*.

For convenience, s. 454(1) is here set out again:

454. (1) A peace officer who arrests a person with or without warrant or to whom a person is delivered under subsection 449(3) shall cause the person to be detained in custody and, in accordance with the following provisions, to be taken before a justice to be dealt with according to law, namely:

(a) where a justice is available within a period of twenty-four hours after the person has been arrested by or delivered to the peace officer, the person shall be taken before a justice without unreasonable delay and in any event within that period, and

(b) where a justice is not available within a period of twenty-four hours after the person has been arrested by or delivered to the peace officer, the person shall be taken before a justice as soon as possible,

circonstances dans lesquelles l'appellant a été arrêté ne constituait pas une violation de l'art. 9 de la *Charte*.

IV. La détention pendant 18 heures avant que l'accusation ne soit portée était-elle arbitraire?

L'appellant a soutenu que sa détention pendant 18 heures avant qu'une accusation ne soit officiellement portée représentait un retard injustifié uniquement imputable à la volonté de la police de poursuivre l'enquête. La détention, a-t-on prétendu, contrevenait au par. 454(1) du *Code* et à l'art. 9 de la *Charte*. Comme je l'ai déjà indiqué, le sergent-détective Larkin a dit franchement que, si l'on avait attendu pour porter l'accusation officiellement, cela découlait de la nécessité de faire venir les victimes à Windsor pour procéder à la séance d'identification. Il a reconnu que, même s'il avait des motifs suffisants pour arrêter l'appelant, il ne disposait pas, en l'absence d'une identification plus poussée, d'une preuve suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. Il a convenu volontiers que, si l'appellant n'avait pas été identifié, il aurait été mis en liberté de la même manière que Girard. La question qui se pose donc est de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, la détention de l'appelant pendant le délai important d'un peu plus de 18 heures, principalement pour les fins de la poursuite de l'enquête policière, a constitué une violation de l'art. 9 de la *Charte*.

Par souci de commodité, je reproduis de nouveau le par. 454(1):

454. (1) Un agent de la paix qui arrête une personne avec ou sans mandat ou auquel une personne est livrée en vertu du paragraphe 449(3) doit la faire mettre sous garde et, conformément aux dispositions suivantes, la faire conduire devant un juge de paix pour qu'elle soit traitée selon la loi, à savoir:

a) si un juge de paix est disponible dans un délai de vingt-quatre heures après qu'elle a été arrêtée par l'agent de la paix ou lui a été livrée, elle doit être conduite devant un juge de paix sans retard injustifié et, dans tous les cas, au plus tard dans ledit délai, et

b) si un juge de paix n'est pas disponible dans un délai de vingt-quatre heures après qu'elle a été arrêtée par l'agent de la paix ou lui a été livrée, elle doit être conduite devant un juge de paix le plus tôt possible,

unless, at any time before the expiration of the time prescribed in paragraph (a) or (b) for taking the person before a justice,

(c) the peace officer or officer in charge releases the person under any other provision of this Part, or

(d) the peace officer or officer in charge is satisfied that the person should be released from custody, whether unconditionally under subsection (3) or otherwise conditionally or unconditionally, and so releases him.

In *R. v. Koszulap* (1974), 27 C.R.N.S. 226, at p. 234, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal carefully noted that s. 454(1) does not give a police officer "an unqualified right to keep such person in custody for the purposes of investigation for a period of 24 hours before taking such person before a justice". Instead, he observed, the section states that the police must take the person before a justice without unreasonable delay and that the 24 hours is simply the outer limit of the time span.

However, in the circumstances of this case the elapsed time was not unreasonable. It will be remembered that over six days had elapsed from the time of issuing the bulletin for the appellant's arrest until the moment that the arrest was made. This is clearly not a case where the victim could, for example, be taken to the place of employment of the suspect to see if an identification could be made. An identification parade seemed not only the fairest means of identification, but also the sole practical means of identification. Further, the victims themselves lived outside the jurisdiction. It was necessary to make arrangements to bring them across the border to attend the line-up. It will be recalled that the appellant was arrested at 7:25 at night. It would be unlikely that the victims could be found and brought to the line-up before the next morning. The appellant was brought before the justice immediately following the line-up which was held shortly after 1:44 p.m. This was a little more than 18 hours after the arrest.

à moins que, à un moment quelconque avant l'expiration du délai prescrit à l'alinéa a) ou b) pour la conduire devant un juge de paix,

c) l'agent de la paix ou le fonctionnaire responsable ne la mette en liberté en vertu de quelque autre disposition de la présente Partie, ou que

d) l'agent de la paix ou le fonctionnaire responsable ne soit convaincu qu'elle devrait être mise en liberté soit inconditionnellement, notamment en vertu du paragraphe (3), soit sous condition, et ne la mette ainsi en liberté.

Dans l'arrêt *R. v. Koszulap* (1974), 27 C.R.N.S. 226, à la p. 234, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario prend soin de souligner que le par. 454(1) ne confère pas à un agent de police [TRANSDUCTION] «le droit absolu de garder cette personne en détention à des fins d'enquête pendant une période de 24 heures avant de la conduire devant un juge de paix». Il fait plutôt remarquer que ce paragraphe impose à la police l'obligation de conduire la personne devant un juge de paix sans retard injustifié et que les 24 heures représentent simplement la durée maximale du retard.

Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, il ne s'est pas écoulé un délai injustifié. On se souviendra que plus de six jours s'étaient écoulés depuis le moment où avait été lancé le bulletin requérant l'arrestation de l'appelant et le moment où l'arrestation avait été effectuée. Il ne s'agit manifestement pas d'un cas où la victime aurait pu, par exemple, être conduite au lieu de travail du suspect afin de voir si elle était capable de l'identifier. Une séance d'identification semblait être la méthode d'identification non seulement la plus juste, mais aussi la seule pratique. De plus, les victimes elles-mêmes habitaient à l'extérieur du ressort. Il était nécessaire de prendre des dispositions pour les faire venir au Canada pour assister à la séance d'identification. Rappelons-nous que l'appelant a été arrêté le soir, à 19 h 25. Il était peu probable que les victimes puissent être trouvées et conduites à la séance d'identification avant le lendemain matin. L'appelant a été conduit devant le juge de paix immédiatement après la séance d'identification qui avait eu lieu peu après 13 h 44, soit à peine plus de 18 heures après son arrestation.

In *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.), Martin J.A. considered a somewhat similar factual situation. In that case the accused was arrested for robbery at 4:30 p.m. He gave an exculpatory statement to the police at 11:30 p.m. and was kept in detention overnight so that he could be placed in a line-up the next morning. On these facts, Martin J.A. at p. 319 stated:

It could not be suggested that there was anything improper in the investigation conducted by the police on the evening of August 21, 1973, with the apparent assistance of the appellant, or that the investigating officers were not justified in holding the appellant at the police station overnight with a view to placing him and [his co-accused] in a line-up the following morning.

It that case, it was held that the only improper conduct on the part of the police consisted in taking the accused back to the police station after he had been remanded in custody by a provincial judge when he should have been taken to a provincial jail. The fact that the accused was kept in custody for the purposes of conducting an identification parade, before taking him before a magistrate, was not deemed to be an unreasonable delay.

Position in Other Jurisdictions

It has been seen that the English authorities permit the police to continue their investigations following the arrest while the accused is detained and before the arrested person is formally charged.

The Australian authorities are of little or no assistance in the consideration of this issue as the wording of the applicable Australian legislation is very different from ours.

The American cases dealing with this issue are also of limited value as most of them deal with Rule 5(a) of the *Federal Rules of Criminal Procedure*. Rule 5(a) reads:

RULE 5. PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSIONER.

(a) Appearance before the Commissioner.

An officer making an arrest under a warrant issued upon a complaint or any person making an arrest with-

Dans l'arrêt *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311 (C.A. Ont.), le juge Martin se trouvait devant des faits à peu près analogues. Dans cette affaire, l'accusé avait été arrêté pour vol qualifié à 16 h 30. Il avait fait une déclaration disculpatoire à la police à 23 h 30 et avait été détenu pendant la nuit pour qu'il puisse participer à une séance d'identification le lendemain matin. Se fondant sur ces faits, le juge Martin dit, à la p. 319:

[TRADUCTION] On ne pouvait affirmer que l'enquête menée par la police le soir du 21 août 1973, apparemment avec le concours de l'appellant, était entachée de quelque irrégularité ni prétendre que c'est sans justification que les agents chargés de l'enquête ont détenu l'appellant au poste de police pendant la nuit en vue de le faire participer avec [son coaccusé] à une séance d'identification le lendemain matin.

On a jugé, dans cette affaire, que la seule conduite irrégulière de la part de la police avait consisté à ramener l'accusé au poste de police après qu'il eut été renvoyé en détention provisoire par un juge provincial, alors qu'il aurait dû être conduit dans une prison provinciale. Le fait qu'avant d'être conduit devant un magistrat le prévenu a été détenu aux fins d'une séance d'identification n'a pas été considéré comme constituant un retard injustifié.

La situation dans d'autres ressorts

Nous avons pu constater que la jurisprudence anglaise permet à la police de poursuivre ses enquêtes à la suite de l'arrestation pendant que le prévenu est détenu et avant qu'une accusation ne soit officiellement portée contre lui.

La jurisprudence australienne ne nous aide guère dans notre étude de cette question parce que les dispositions législatives australiennes pertinentes sont très différentes des nôtres.

Les décisions américaines portant sur la question se révèlent également de peu de secours étant donné que la plupart d'entre elles se rapportent à la règle 5a) des *Federal Rules of Criminal Procedure*. La règle 5a) est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] RÈGLE 5. PROCÉDURES DEVANT LE COMMISSAIRE

a) Comparution devant le commissaire.

Un agent de police qui effectue une arrestation en vertu d'un mandat décerné par suite d'une plainte ou

out a warrant shall take the arrested person without unnecessary delay before the nearest available commissioner or before any other nearby officer empowered to commit persons charged with offenses against the laws of the United States. When a person arrested without a warrant is brought before a commissioner or other officer, a complaint shall be filed forthwith.

The American authorities stress the importance of the factual background to the resolution of each case. Nevertheless, of interest is the case of *Ralph v. Peppersack*, 335 F.2d 128 (4th Cir. 1964). The court there stressed again the importance of the facts. It then continued at p. 139:

In the circumstances it was reasonable and necessary to hold Ralph in custody until Mrs. Peck could, with reasonable dispatch, come to the station and attempt to identify him . . . Had she been able to positively identify him as her assailant, he should have been formally charged immediately. If, on the other hand, she could say with certainty that he *was not* the person who attacked her and had not other circumstances justifying his detention developed, he should then have been released. Confrontation by the only witness to the crime for which he was convicted presented the most expeditious, probably the most reliable and perhaps the only, means of determining whether Ralph was telling the truth. [Emphasis in original.]

The court concluded that there was not unreasonable delay in that case and that even if Rule 5(a) was applicable, it had not been violated.

This conclusion was reached even though the reasons noted further at p. 139 that:

The second, and more fundamental, answer . . . is that neither Rule 5(a) nor the McNabb-Mallory rule is applicable to criminal prosecutions in the state courts.

It can be seen that this American decision seems to support the position I have taken.

V. Disposition

In the particular circumstances of the case at bar, the delay was not unreasonable and in my view offended neither the provisions of s. 454(1) of the *Criminal Code* nor s. 9 of the *Charter*.

toute personne qui effectue une arrestation sans mandat doit conduire la personne arrêtée, sans retard inutile, devant le commissaire le plus proche ou devant tout autre fonctionnaire se trouvant dans les environs qui est investi du pouvoir de renvoyer en détention les personnes accusées d'infractions aux lois des États-Unis. Quand une personne arrêtée sans mandat est conduite devant un commissaire ou un autre fonctionnaire, une plainte doit être portée sur-le-champ.

La jurisprudence américaine met l'accent sur l'importance des faits pour la résolution de chaque cas. L'arrêt *Ralph v. Peppersack*, 335 F.2d 128 (4th Cir. 1964), présente néanmoins un certain intérêt. Là encore, la cour a insisté sur l'importance des faits et a poursuivi en disant, à la p. 139:

[TRADUCTION] Dans les circonstances, il était raisonnable et nécessaire de garder Ralph en détention en attendant que M^{me} Peck puisse, avec diligence raisonnable, se rendre au poste de police pour tenter de l'identifier . . . Si elle avait pu l'identifier comme étant son agresseur, une accusation aurait dû être officiellement portée contre lui sans délai. Si, par contre, elle avait pu affirmer avec certitude qu'il *n'était pas* la personne qui l'avait attaquée et en l'absence d'autres circonstances justifiant la détention, il aurait dû alors être relâché. La confrontation avec le seul témoin du crime dont il a été reconnu coupable représentait le moyen le plus expéditif et probablement le plus sûr et peut-être même l'unique moyen de déterminer si Ralph disait la vérité. [En italique dans l'original.]

La cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de retard injustifié dans ce cas-là et que, même en supposant que la règle 5a) était applicable, on ne l'avait pas violée.

Cette conclusion a été tirée même si les motifs portent en outre, à la p. 139:

[TRADUCTION] La seconde réponse, plus fondamentale celle-là . . . est que ni la règle 5a) ni la règle McNabb-Mallory ne s'applique aux poursuites criminelles devant les tribunaux des États.

On voit donc que cet arrêt américain semble appuyer mon point de vue.

V. Dispositif

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, le retard n'était pas injustifié et, selon moi, ne violait ni le par. 454(1) du *Code criminel* ni l'art. 9 de la *Charte*.

In the result, the appeal is dismissed and the order of the Court of Appeal directing a new trial is confirmed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.

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

En définitive, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de tenir un nouveau procès est confirmée.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Kerekes, Collins, Toronto.

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

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Pierre Brunet *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for New Brunswick and the
Attorney General of Manitoba** *Intervenors*

and between

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Louis Albert *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for New Brunswick and the
Attorney General of Manitoba** *Intervenors*

and between

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Linda Collier *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for New Brunswick and the
Attorney General of Manitoba** *Intervenors*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.
BRUNET; QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. ALBERT;
QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. COLLIER

File Nos.: 19652, 19653, 19654.

1990: February 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Constitutional law — Language rights — Quebec
legislation enacted in French and English — Sessional
papers constituting the very essence of legislation tabled
in National Assembly in French only — Whether
Quebec legislation consistent with s. 133 of the Consti-*

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Pierre Brunet *Intimé*

^a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
procureur général du Manitoba** *Intervenants*

^b

et entre

Le procureur général du Québec *Appelant*

^c

Louis Albert *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
procureur général du Manitoba** *Intervenants*

^d

et entre

Le procureur général du Québec *Appelant*

^e

Linda Collier *Intimée*

^f et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
procureur général du Manitoba** *Intervenants*

^g

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
BRUNET; QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALBERT;
QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. COLLIER

N^o du greffe: 19652, 19653, 19654.

^h

1990: 28 février.

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

ⁱ

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Lois
québécoises adoptées en français et en anglais — Docu-
ments sessionnels constituant la substance même de ces
lois déposés à l'Assemblée nationale en français seule-
ment — Les lois québécoises sont-elles compatibles*

tution Act, 1867 — Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35 — Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35.

Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.

Constitution Act, 1867, s. 133.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, allowing respondent Brunet's appeal from a judgment of the Superior Court, J.E. 84-62, D.T.E. 84T-38, allowing an appeal by way of trial *de novo* from respondent Brunet's acquittal, J.E. 83-510, D.T.E. 83T-373, on a charge of taking part in an illegal strike. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, allowing respondent Albert's appeal from a judgment of the Superior Court, [1983] C.S. 359, allowing an appeal by way of trial *de novo* from respondent Albert's acquittal, [1983] C.S.P. 1017, on a charge of taking part in an illegal strike. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, dismissing appellant's appeal from a judgment of the Superior Court, [1983] C.S. 366, dismissing an appeal by way of trial *de novo* from respondent Collier's acquittal, [1983] C.S.P. 1005, on a charge of taking part in an illegal strike. Appeal dismissed.

Jean Bouchard, Paul Monty and Françoise St-Martin, for the appellant.

Louise Otis, for the respondent Brunet.

Gilles Grenier, for the respondent Albert.

Jean L'Heureux, for the respondent Collier.

avec l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35 — Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45.

^a Lois et règlements cités

Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35.

^b *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45.*

Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, qui a accueilli l'appel de l'intimé Brunet à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, J.E. 84-62, D.T.E. 84T-38, qui avait accueilli un appel par voie de procès *de novo* à l'encontre de l'acquittement de l'intimé Brunet, J.E. 83-510, D.T.E. 83T-373, relativement à une plainte d'avoir participé à une grève illégale. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, qui a accueilli l'appel de l'intimé Albert à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, [1983] C.S. 359, qui avait accueilli un appel par voie de procès *de novo* à l'encontre de l'acquittement de l'intimé Albert, [1983] C.S.P. 1017, relativement à une plainte d'avoir participé à une grève illégale. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, [1983] C.S. 366, qui avait rejeté un appel par voie de procès *de novo* à l'encontre de l'acquittement de l'intimée Collier, [1983] C.S.P. 1005, relativement à une plainte d'avoir participé à une grève illégale. Pourvoi rejeté.

Jean Bouchard, Paul Monty et Françoise St-Martin, pour l'appellant.

Louise Otis, pour l'intimé Brunet.

Gilles Grenier, pour l'intimé Albert.

Jean L'Heureux, pour l'intimée Collier.

Gaspard Côté, Q.C., and *Warren J. Newman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Donna J. Miller and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear from the respondents, Canada, or New Brunswick. The Court is ready to render judgment. My colleague, Justice Lamer, will deliver the judgment of the Court.

LAMER J.—For the reasons given by Paré J.A. of the Quebec Court of Appeal, we affirm the judgments rendered by the Quebec Court of Appeal in these cases. The appeals are dismissed with costs throughout. Costs will only be awarded to the respondents, however, the Attorney General of Canada having waived them and the Attorney General for New Brunswick not having asked for costs. The constitutional question stated by the Chief Justice is answered as follows:

Question: Are an *Act respecting remuneration in the public sector*, S.Q. 1982, c. 35, and an *Act respecting the conditions of employment in the public sector*, S.Q. 1982, c. 45, including the sessional documents 350, 650, 651, 653 and 665, inconsistent with the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, unconstitutional and of no force and effect to the extent of the inconsistency?

Answer: Yes, they are unconstitutional.

Judgments accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents Brunet and Albert: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent Collier: Malo, Dansereau, Montréal.

Gaspard Côté, c.r., et *Warren J. Newman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Donna J. Miller et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire d'entendre les intimés, le Canada et le Nouveau-Brunswick. La Cour est prête à rendre jugement. Mon collègue, le juge Lamer, prononcera le jugement de la Cour.

LE JUGE LAMER—Pour les raisons exposées dans les motifs du juge Paré de la Cour d'appel du Québec, nous entérinons les jugements prononcés en l'espèce par la Cour d'appel du Québec. Les pourvois sont rejetés avec dépens dans toutes les cours. Il n'y aura cependant de dépens qu'en faveur des intimés, le procureur général du Canada y ayant renoncé, et le procureur général du Nouveau-Brunswick ne les ayant point demandés. La question constitutionnelle formulée par le Juge en chef reçoit la réponse suivante:

Question: La *Loi concernant la rémunération dans le secteur public*, L.Q. 1982, ch. 35, et la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, L.Q. 1982, ch. 45, y compris les documents sessionnels 350, 650, 651, 653 et 665, sont-elles incompatibles avec les dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et partant, inconstitutionnelles ou inopérantes en tout ou en partie?

Réponse: Oui, elles sont inconstitutionnelles.

Jugements en conséquence.

Procureur de l'appelant: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs des intimés Brunet et Albert: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimée Collier: Malo, Dansereau, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Department of Justice and Attorney General, Fredericton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice et du Procureur général, Fredericton.

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

Dean Arthur Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BROWN

File No.: 19904.

1990: February 28.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Second degree murder — Evidence — Reasonableness of jury's guilty verdict — Verdict supported by the evidence.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Malone J. sitting with jury. Appeal dismissed.

W. P. MacIsaac, for the appellant.

Carol Snell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Having reviewed the evidence, we are all of the view, for the reasons given by Justice Vancise of the Court of Appeal of Saskatchewan, concurred in by Justice Wakeling, that the jury's verdict of guilty of murder must stand. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Saskatchewan Legal Aid Commission, Regina.

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

Dean Arthur Brown *Appelant*

c.

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

N° du greffe: 19904.

1990: 28 février.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

^c *Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Preuve — Caractère raisonnable du verdict de culpabilité prononcé par le jury — Verdict étayé par la preuve.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Malone siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

W. P. MacIsaac, pour l'appelant.

^e *Carol Snell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^f LE JUGE EN CHEF—Après examen de la preuve, nous sommes tous d'avis, pour les motifs donnés par le juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, appuyé par le juge Wakeling, que le verdict de culpabilité pour meurtre prononcé par le jury doit être maintenu. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

^h *Procureur de l'appelant: Saskatchewan Legal Aid Commission, Regina.*

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

Raymond George Anderson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ANDERSON

File No.: 19464.

1989: June 13; 1990: March 1.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Criminal negligence causing death — Comments by trial judge relating to the relevance of consequences and intention — Whether or not comments affected outcome of trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

Appellant was charged with criminal negligence causing death. He had been thinking of something else, ran a red light and a passenger in the car he hit died as a result injuries suffered in the accident. There was no evidence of any erratic driving apart from driving through the red traffic light. Appellant, although legally impaired, showed little sign of impairment. The trial judge found that the Crown had failed to prove the charge beyond a reasonable doubt. During the course of his reasons the trial judge stated that neither the *mens rea* nor the consequences of the manner of driving were material in making a decision as to guilt or innocence. An appeal was allowed by the Court of Appeal. The sole issue here was whether the trial judge's comments relating to the relevance of consequences and intention affected the outcome.

Held: The appeal should allowed.

The conclusion that there is a wanton or reckless disregard is to be drawn from the conduct which falls below the applicable standard. The conduct relied on here was (a) the combination of drinking and driving, and (b) the breach of a traffic light regulation. The trial judge considered both and concluded that the conduct was not a marked departure from the norm. A conclusion that the appellant had a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others could not therefore be drawn on either a subjective or objective basis. The negligence proved against him by evidence of his

Raymond George Anderson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. ANDERSON

N° du greffe: 19464.

1989: 13 juin; 1990: 1 mars.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Droit criminel — Négligence criminelle causant la mort — Observations du juge du procès relatives à la pertinence des conséquences et de l'intention — Ces observations ont-elles eu un effet sur l'issue du procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

e

f

g

h

i

j

L'appellant a été accusé de négligence criminelle causant la mort. Il pensait à autre chose lorsqu'il a brûlé un feu rouge et un passager de l'auto qu'il a heurtée est décédé des suites des blessures subies lors de l'accident. À part le fait d'avoir brûlé le feu rouge, il n'y avait aucune preuve de conduite mal assurée. Bien que légalement en état d'ébriété, l'appellant avait peu l'air d'être dans cet état. Le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à faire une preuve hors de tout doute raisonnable de l'accusation. Dans ses motifs, il a affirmé que ni la *mens rea* ni les conséquences de la manière de conduire n'étaient pertinentes pour décider de la culpabilité ou de l'innocence. L'appel interjeté à la Cour d'appel a été accueilli. Le seul point en litige en l'espèce est de savoir si les observations du juge du procès relatives à la pertinence des conséquences et de l'intention ont eu un effet sur l'issue du procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La conclusion à l'existence d'une insouciance déréglée ou téméraire doit être tirée de la conduite qui ne respecte pas la norme applicable. La conduite sur laquelle on s'est fondé en l'espèce est a) le fait d'avoir conduit en état d'ébriété et b) la violation d'un règlement de la circulation. Le juge du procès a tenu compte des deux et a conclu que la conduite ne constituait pas une dérogation marquée à la norme. Il ne pouvait donc, ni subjectivement ni objectivement, conclure que l'appellant avait fait preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui. On a jugé que

drinking and driving and of his going through a red light was found not to be a marked departure from the norm and the fatal collision added nothing to appellant's conduct to bring it within the realm of a marked departure. In some circumstances, however, the actions of the accused and the consequences flowing from them may be so interwoven that the consequences may be relevant in characterizing the conduct of the accused.

The trial judge's finding of reasonable doubt could be supported on the facts. Although he made some general remarks that perhaps should not have been made without elaboration, no error of law resulted. The trial judge's statements did not affect the outcome.

Cases Cited

Considered: *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; **referred to:** *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), (2), 203, 237(2), (3) [now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 219(1),(2), 220, 255(2), (3)].

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 33 Man. R. (2d) 308, allowing an appeal from an acquittal by Ferg J. Appeal allowed.

Robert L. Pollack, for the appellant.

George Dangerfield, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an appeal as of right from the Manitoba Court of Appeal which allowed an appeal from the judgment of Ferg J. acquitting the appellant of the charge of criminal negligence causing death. The sole issue in this appeal is whether certain comments by Ferg J. relating to the relevance of consequences and intention affected the outcome.

Facts

The following facts were found by the trial judge.

la négligence de l'appelant démontrée par la preuve qu'il a conduit après avoir bu et qu'il a brûlé un feu rouge ne constituait pas une dérogation marquée à la norme et la collision fatale n'a rien ajouté à la conduite de l'appelant qui permette de la qualifier de dérogation marquée. Dans certaines circonstances cependant, les actes de l'accusé et les conséquences qui en découlent peuvent être à ce point interreliés que les conséquences peuvent être pertinentes pour ce qui est de qualifier la conduite de l'accusé.

Les faits permettaient au juge du procès de conclure à l'existence d'un doute raisonnable. Bien qu'il ait fait certaines observations générales qu'il n'aurait peut-être pas dû faire sans préciser davantage sa pensée, il n'en est résulté aucune erreur de droit. Les affirmations du juge du procès n'ont pas eu d'effet sur l'issue du procès.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; **arrêts mentionnés:** *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 202(1), (2), 203, 237(2), (3) [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 219(1), (2), 220, 255(2), (3)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 33 Man. R. (2d) 308, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Ferg. Pourvoi accueilli.

Robert L. Pollack, pour l'appelant.

George Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi est formé de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Ferg qui avait acquitté l'appelant de l'accusation de négligence criminelle causant la mort. Le seul point en litige est de savoir si certaines observations du juge Ferg relatives à la pertinence des conséquences et de l'intention ont eu un effet sur l'issue du procès.

Les faits

Le juge du procès a constaté les faits suivants.

At approximately 5:06 p.m. on May 21, 1983, the appellant was driving his parents' automobile westerly along Logan Avenue in the City of Winnipeg. At the intersection of Logan Avenue and Arlington Street he went through a red traffic light and struck a northerly bound vehicle broadside. The collision took place in the northeast quadrant of the intersection. A passenger in the north bound vehicle died as a result of injuries received in the collision. Apart from driving through the red traffic light, there was no evidence of any erratic driving. He was driving within the speed limit.

The appellant had been drinking. A blood alcohol reading taken approximately one hour after the accident revealed that he had a blood alcohol level of 200 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. A police officer with 34 years' experience who observed the appellant and administered the breathalyser test found no sign of gross impairment. He conceded on cross-examination that the appellant "showed very little impairment at all". The trial judge accepted the evidence of this witness. A statement taken from the appellant the day after the occurrence and tendered by the Crown disclosed that the appellant admitted that he was thinking about something else and he went through the red light.

Trial Judgment

The trial judge reviewed the above facts and considered them in the light of the Crown's argument that there was wanton and reckless disregard of the lives and safety of others in the appellant's getting into his automobile in his impaired condition and then driving through a red light. Ferg J. remarked that these factors were insufficient to establish the degree of negligence required. After reviewing the authorities he concluded that the Crown had failed to prove the charge beyond a reasonable doubt. He stated:

Looking at the circumstances in this case, looking at the facts, I cannot find that the Crown has proved beyond reasonable doubt that this accused in his manner of driving and in the circumstances and the facts as we have them, I cannot find that he was guilty of blatant

Vers 17 h 06 le 21 mai 1983, l'appellant conduisait l'auto de ses parents en direction ouest sur l'avenue Logan à Winnipeg. À l'angle de l'avenue Logan et de la rue Arlington, il a brûlé un feu rouge et heurté le côté d'un véhicule qui circulait en direction nord. La collision est survenue dans la partie nord-est de l'intersection. Un passager du véhicule qui circulait en direction nord est décédé des suites des blessures subies lors de la collision. À part le fait d'avoir brûlé le feu rouge, il n'y avait aucune preuve de conduite mal assurée. Il respectait la limite de vitesse.

L'appellant avait bu. Un alcootest administré environ une heure après l'accident a révélé une alcoolémie de 200 milligrammes par 100 millilitres de sang. Le policier de 34 ans d'expérience qui a observé l'appellant et lui a fait subir l'alcootest n'a perçu aucun signe d'ébriété avancée. Il a reconnu en contre-interrogatoire que l'appellant [TRADUCTION] «paraissait à peine en état d'ébriété». Le juge du procès a retenu la déposition de ce témoin. Une déclaration de l'appellant recueillie le lendemain de l'accident et présentée par le ministère public révèle que l'appellant a reconnu qu'il pensait à autre chose lorsqu'il a brûlé le feu rouge.

Le jugement de première instance

Le juge du procès a relaté les faits précités et les a examinés en fonction de l'argument du ministère public voulant que lorsqu'il est monté en état d'ébriété dans son auto et qu'il a ensuite brûlé un feu rouge, l'appellant a fait preuve d'une insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui. Le juge Ferg a fait observer que ces facteurs ne suffisaient pas pour établir le degré de négligence requis. Après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine, il a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à faire une preuve hors de tout doute raisonnable de l'accusation. Il a dit:

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances et des faits de la présente affaire, je ne puis conclure que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que, par sa manière de conduire et compte tenu des circonstances et des faits qui nous ont été soumis, l'ac-

disregard for the lives and safety of others. Certainly, however, his driving was dangerous.

During the course of his reasons, Ferg J. made the following statement which was the basis for the attack on his judgment both here and in the Court of Appeal:

Consequences of the manner of driving are not material in making a decision as to the guilt or innocence [*sic*]; nor is *mens rea*, or the intention required to be proved by the Crown. It matters not what the man's intention was when he entered the automobile to put it into use. Nevertheless, of course, the Crown must carry its burden, as always, of proof beyond a reasonable doubt of the offence.

Court of Appeal (1985), 33 Man. R. (2d) 308

The Court of Appeal gave effect to two grounds of appeal which were based on the passage in the reasons of the trial judge to which I have referred. These grounds were stated in the Notice of Appeal as follows:

2. THAT the learned Trial Judge erred in refusing to consider the consequences of the manner of driving in arriving at a verdict;

3. THAT the learned Trial Judge erred in disregarding the intention of the Respondent at the time he entered his automobile prior to the collision; . . .

In connection with these grounds the respondent Crown advanced an argument that self-induced drunkenness cannot be used as a defence and hence drunk driving coupled with the creation of a risk must always result in a conviction of criminal negligence. O'Sullivan J.A., speaking for the Court, was of the view that this proposition went too far. Although a trial judge must take alcohol consumption into account as one of the circumstances from which wanton or reckless driving can be inferred, there was no presumption of law as suggested by the Crown. Furthermore, on the facts of this case there was nothing to suggest that the trial judge had not considered the factor of alcohol consumption.

cusé a fait preuve d'insouciance flagrante à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui. Cependant, il conduisait certainement de façon dangereuse.

Dans ses motifs, le juge Ferg a fait l'affirmation suivante sur laquelle on s'est fondé pour attaquer son jugement devant notre Cour et devant la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Les conséquences de la manière de conduire ne sont pas pertinentes pour décider de la culpabilité ou de l'innocence; il n'est pas nécessaire non plus que le ministère public fasse la preuve de la *mens rea* ou de l'intention. L'intention qu'avait la personne quand elle est montée dans l'auto pour s'en servir est sans importance. Néanmoins, il va sans dire que le ministère public doit, comme toujours, s'acquitter de son fardeau de prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable.

La Cour d'appel (1985), 33 Man. R. (2d) 308

La Cour d'appel a fait droit à deux moyens fondés sur le passage des motifs du juge du procès que j'ai mentionné. Ces moyens sont formulés ainsi dans l'avis d'appel:

[TRADUCTION] 2. Le juge du procès a commis une erreur en refusant de tenir compte des conséquences de la manière de conduire pour arriver à un verdict;

3. Le juge du procès a commis une erreur en ne tenant compte de l'intention qu'avait l'intimé au moment où il est monté dans son auto avant la collision; . . .

Relativement à ces moyens, le ministère public intimé a fait valoir que l'ivresse volontaire ne peut pas servir de moyen de défense et que, partant, la conduite en état d'ébriété conjuguée à la création d'un risque doit toujours entraîner une déclaration de culpabilité de négligence criminelle. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge O'Sullivan s'est dit d'avis que cette proposition allait trop loin. Bien que le juge du procès doive tenir compte de la consommation d'alcool comme étant l'un des facteurs qui permettent de conclure à la conduite déréglée ou téméraire d'un véhicule, il n'existe aucune présomption de droit en ce sens comme le propose le ministère public. En outre, compte tenu des faits de l'affaire, rien n'indiquait que le juge du procès n'avait pas tenu compte du facteur de la consommation d'alcool.

O'Sullivan J.A. was, however, of the opinion that the trial judge had misdirected himself as to the relevance of consequences and intention. Since he could not say that this misdirection did not affect the verdict, a new trial was directed.

Criminal Negligence—General

In approaching the critique of a trial judgment dealing with a charge of criminal negligence, one can only have profound sympathy for the plight of the trial judge. This area of the law, both here and in other common law countries, has proved to be one of the most difficult and uncertain in the whole of the criminal field. The sections of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, now R.S.C., 1985, c. C-46, under consideration here are relatively simple. They provide:

202. (1) [now s. 219] Every one is criminally negligent who

(a) in doing anything, or

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, "duty" means a duty imposed by law.

203. [now s. 220] Every one who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

The use of the word "negligence" suggests that the impugned conduct must depart from a standard objectively determined. On the other hand, the use of the words "wanton and reckless disregard" suggests that an ingredient of the offence includes a state of mind or some moral quality to the conduct which attracts the sanctions of the criminal law. The section makes it clear that the conclusion that there is a wanton or reckless disregard is to be drawn from the conduct which falls below the standard. The major disagreement in the cases centers around the manner in which this conclusion is to be drawn.

Le juge O'Sullivan a cependant exprimé l'opinion que le juge du procès s'était fondé sur des considérations erronées quant à la pertinence des conséquences et de l'intention. Comme il ne pouvait pas affirmer que cette erreur n'avait pas influé sur le verdict, il a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

La négligence criminelle—Généralités

En abordant la critique d'un jugement de première instance portant sur une accusation de négligence criminelle, on ne peut qu'avoir une profonde sympathie pour la situation difficile dans laquelle se trouve le juge du procès. Ce domaine du droit, tant ici que dans les autres pays de common law, s'est révélé l'un des plus difficiles et des plus incertains de tout le droit criminel. Les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, ici en cause sont relativement simples. En voici le texte:

202. (1) [maintenant l'art. 219] Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

(2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

203. [maintenant l'art. 220] Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

L'emploi du mot «négligence» donne à entendre que la conduite reprochée doit s'écarter d'une norme objective. Par ailleurs, l'emploi de l'expression «insouciance déréglée ou téméraire» donne à entendre qu'un élément de l'infraction comprend un état d'esprit ou une certaine qualité morale dont est assortie la conduite qui entraîne les sanctions du droit criminel. L'article dit clairement que la conclusion à l'existence d'une insouciance déréglée ou téméraire doit être tirée de la conduite qui ne respecte pas la norme. Le désaccord principal dans la jurisprudence porte sur la manière dont cette conclusion doit être tirée.

On the one hand, there are the cases that hold that it is to be done on an objective basis. If the conduct is a marked departure from the norm, then, based on the standard of an ordinary prudent individual, the accused ought to have known that his actions could endanger the lives or safety of others. On the other hand, there are cases that apply a subjective standard and require some degree of advertence to the risk to be proved. This may be done by inferring advertence from the nature of the conduct in the context of the surrounding circumstances. A refinement on the latter view is that a marked departure constitutes a *prima facie* case of negligence. The trier of fact may but is not obliged to infer the necessary mental element from the conduct which is found to depart substantially from the norm.

In both the objective and subjective approaches, the court is determining foreseeability of consequences. In a civil negligence case concerned with adjustment of losses, the connection between conduct and consequences is often quite tenuous. The mythical reasonable man has been equipped with a great deal of clairvoyance in order to compensate the innocent victim. Often the defendant will not, in fact, have foreseen the consequences of his negligent acts for which he is held accountable on an objective basis. In a criminal case the connection must be more substantial. To establish recklessness, the consequences must be more obvious. That is the rationale for the requirement of a marked departure from the norm. The greater the risk created, the easier it is to conclude that a reasonably prudent person would have foreseen the consequences. Equally, it is easier to conclude that the accused must have foreseen the consequences. It is apparent, therefore, that as the risk of harm increases, the significance of the distinction between the objective and subjective approaches decreases. The ultimate in this process of reasoning is reached when the risk is so high that the consequences are the natural result of the conduct creating the risk. The conduct in such circumstances can be characterized as intentional.

D'une part, il y a les décisions qui concluent que cela doit se faire objectivement. Si la conduite constitue une dérogation marquée à la norme, alors, si on se fonde sur la norme d'une personne prudente ordinaire, l'accusé aurait dû savoir que ses actes pouvaient mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui. D'autre part, il y a les décisions qui appliquent une norme subjective et exigent la preuve que l'accusé a porté une certaine attention au risque. On peut inférer qu'il y a porté attention à partir de la nature de sa conduite dans les circonstances. Une forme plus poussée de ce dernier raisonnement consiste à retenir une dérogation marquée comme une preuve suffisante à première vue de négligence. Le juge des faits peut conclure, sans toutefois être obligé de le faire, à l'existence de l'élément moral nécessaire à partir de la conduite qui, selon lui, constitue une dérogation importante à la norme.

Tant selon les méthodes objective que subjective, la cour détermine la prévisibilité des conséquences. Dans une affaire de responsabilité civile portant sur l'établissement des pertes, le lien entre la conduite et les conséquences est souvent très mince. Aux fins de l'indemnisation de la victime innocente, on a attribué beaucoup de clairvoyance à l'entité imaginaire qu'est la personne raisonnable. En réalité, il arrive souvent que le défendeur n'ait pas prévu les conséquences des actes négligents dont il est tenu responsable objectivement. Dans une affaire criminelle, le lien doit être plus important. Pour établir la témérité, les conséquences doivent être plus évidentes. C'est là la raison d'être de l'exigence d'une dérogation marquée à la norme. Plus grand est le risque créé, plus il est facile de conclure qu'une personne raisonnablement prudente aurait prévu les conséquences. De même, il est plus facile de conclure que l'accusé doit avoir prévu les conséquences. Il appert donc que plus le risque de préjudice augmente, plus l'importance de la distinction entre la méthode objective et la méthode subjective diminue. La limite de ce raisonnement est atteinte lorsque le risque est à ce point élevé que les conséquences sont le résultat normal de la conduite qui crée le risque. Dans de telles circonstances, la conduite peut être qualifiée d'intentionnelle.

A finding that the impugned conduct is a marked departure from the standard is, accordingly, central to both the objective and subjective approaches. In *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, this Court was divided as to which approach is correct. McIntyre J., with whom Lamer J. and L'Heureux-Dubé J. concurred, was of the view that an objective test ought to be adopted. Wilson J., with whom the Chief Justice and La Forest J. concurred, preferred a subjective test. In his reasons at p. 1431, McIntyre J. stated:

The test is that of reasonableness, and proof of conduct which reveals a marked and significant departure from the standard which could be expected of a reasonably prudent person in the circumstances will justify a conviction of criminal negligence.

Wilson J. also underlined the importance of a finding of conduct which constitutes a marked departure from the norm. She states, at p. 1408:

It can be assumed that a person functioning with normal faculties of awareness and engaging in conduct which represents such a grave departure from the norm is either aware of the risk or is wilfully blind to the risk. Proof of the conduct will, in other words, cast an evidential burden on the accused to explain why the normal inference of conscious awareness or wilful blindness should not be drawn.

Lamer J., in a separate judgment concurring in the result with McIntyre J., was of the view that the objective test was the correct one with a generous allowance for certain individual factors. He referred to the fact that the conduct under consideration is "high risk conduct".

Criminal Negligence—Application to This Case

In this case as in most of these cases there is no direct evidence of the state of mind of the appellant. The conclusion that he had a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others must be drawn from the conduct which is alleged to be a marked departure from the norm. If an objective standard is employed, this will be determined on the basis of the state of mind of an

La conclusion que la conduite reprochée constitue une dérogation marquée à la norme est donc le point central de la méthode objective aussi bien que de la méthode subjective. Dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, notre Cour n'a pas fait l'unanimité sur la question de savoir quelle est la bonne méthode. Le juge McIntyre, à l'avis duquel ont souscrit les juges Lamer et L'Heureux-Dubé, a estimé qu'il faut adopter un critère objectif. Le juge Wilson, à l'avis de laquelle ont souscrit le Juge en chef et le juge La Forest, a préféré un critère subjectif. Le juge McIntyre affirme, à la p. 1431:

Le critère vise le caractère raisonnable de la conduite en cause, et la preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances, justifiera un verdict de négligence criminelle.

Le juge Wilson a également souligné l'importance d'une constatation de conduite qui constitue une dérogation marquée à la norme. Elle dit, à la p. 1408:

On peut supposer que quiconque est normalement conscient et qui a une conduite représentant une dérogation aussi grave à la norme, est conscient du danger ou refuse délibérément de le voir. En d'autres termes, la preuve de la conduite en question imposera à l'accusé l'obligation d'expliquer pourquoi il n'y a pas lieu d'en arriver à l'inférence normale qu'il était conscient du risque ou qu'il a délibérément refusé de le voir.

Dans des motifs au même effet que ceux du juge McIntyre, le juge Lamer a exprimé l'avis que le critère objectif est le bon et qu'il faut tenir largement compte de certains facteurs individuels. Il a mentionné le fait que la conduite examinée «comporte beaucoup de risques».

La négligence criminelle—Application à la présente affaire

En l'espèce, comme dans la plupart des affaires de ce genre, il n'y a pas de preuve directe de l'état d'esprit de l'appellant. La conclusion qu'il a fait preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui doit émaner de la conduite qui, allègue-t-on, constitue une dérogation marquée à la norme. Si on emploie une norme objective, cela sera établi en fonction de

ordinary prudent person in the circumstances. If the subjective standard or its refinement are applied, then the conclusion, if drawn, must be drawn from the conduct of the appellant.

The conduct relied on in this case is (a) the combination of drinking and driving, and (b) the breach of a traffic light regulation. Clearly the trial judge considered both. He concluded that the conduct was not a marked departure from the norm. That being the case, a conclusion that the appellant had a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others could not be drawn on either a subjective or objective basis.

The trial judge specifically addressed the question of the drinking and driving. The Court of Appeal agreed that this was so. Nevertheless he was not prepared to find that this, together with the traffic violation, was sufficient. It left him in a state of doubt. No doubt setting out to drive after drinking in some circumstances may be sufficient to conclude either objectively or subjectively that there is a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others. It will not be so, however, in every case. The contrary conclusion would render redundant subss. (2) and (3) of s. 237 (now s. 255) of the *Criminal Code* which provide specific penalties for causing death or bodily harm through the operation of a motor vehicle while impaired. The decision, however, in each case is one of fact, and in this case the trial judge was not prepared to so conclude.

Was this finding affected by the reference to intention? The statement in context is as follows: "nor is mens rea, or the intention required to be proved by the Crown. It matters not what the man's intention was when he entered the automobile to put it into use." I do not read this statement to mean that the evidence that the appellant chose to drive his car knowing he had been drinking was not relevant. Such an interpretation would constitute too microscopic an approach to the trial

l'état d'esprit d'une personne prudente ordinaire dans les circonstances. Si on applique la norme subjective ou la forme plus poussée du raisonnement qui la sous-tend, la conclusion, si elle est tirée, doit l'être à partir de la conduite de l'appellant.

La conduite sur laquelle on s'est fondé en l'espèce est a) le fait d'avoir conduit en état d'ébriété et b) la violation d'un règlement de la circulation. Il est clair que le juge du procès a tenu compte des deux. Il a conclu que la conduite ne constituait pas une dérogation marquée à la norme. Cela étant, il ne pouvait, ni subjectivement ni objectivement, conclure que l'appelant avait fait preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui.

Le juge du procès a spécifiquement abordé la question de la conduite en état d'ébriété. La Cour d'appel a reconnu qu'il l'avait fait. Néanmoins, il n'était pas disposé à conclure que cet élément, conjugué à la violation d'un règlement de la circulation, était suffisant. Il subsistait un doute dans son esprit. Il est certain que prendre le volant après avoir bu peut, dans certaines circonstances, être suffisant pour conclure objectivement ou subjectivement à une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui. Il n'en sera cependant pas toujours ainsi. La conclusion contraire rendrait superflus les par. (2) et (3) de l'art. 237 du *Code criminel* (maintenant l'art. 255) qui prescrivent des peines spécifiques pour la personne qui cause la mort ou des lésions corporelles en conduisant un véhicule automobile alors que ses facultés sont affaiblies. Dans chaque cas cependant, il s'agit d'une décision de fait et, en l'espèce, le juge du procès n'était pas disposé à tirer cette conclusion.

La mention de l'intention a-t-elle influé sur cette conclusion? L'affirmation en contexte est la suivante: [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire non plus que le ministère public fasse la preuve de la mens rea ou de l'intention. L'intention qu'avait la personne quand elle est montée dans l'auto pour s'en servir est sans importance.» À mon avis, cette affirmation ne signifie pas que la preuve que l'appelant a choisi de conduire son auto alors qu'il savait qu'il avait bu n'était pas pertinente. Une

judge's reasons. Clearly, the trial judge went on to consider the relevance of this evidence. What the trial judge was dealing with here was the Crown's obligation. Intention need not be proved by the Crown. From the Crown's point of view, it did not matter that the appellant intended to drive safely when he entered the automobile. The sentence following the above-quoted passage emphasizes that this is the context in which the statement is made: "Nevertheless, of course, the Crown must carry its burden . . ."

The trial judge's statement that the consequences are not relevant must also be dealt with in the context in which it was made. This reference is undoubtedly one to the tragic death of the passenger in the other vehicle involved in the collision. The death of the passenger was a necessary ingredient of the *actus reus*. It was not otherwise relevant unless a conclusion could be drawn from it with respect to whether there was a wanton and reckless disregard for the lives and safety of other persons. It was not suggested by the Crown that it was a circumstance from which such a conclusion could be drawn either on an objective or subjective basis.

In the circumstances of this case, the unfortunate fact that a person was killed added nothing to the conduct of the appellant. The degree of negligence proved against the appellant by means of the evidence that he drove after drinking and went through a red light was not increased by the fact that a collision occurred and death resulted. If driving and drinking and running a red light was not a marked departure from the standard, it did not become so because a collision occurred. In some circumstances, perhaps, the actions of the accused and the consequences flowing from them may be so interwoven that the consequences may be relevant in characterizing the conduct of the accused. That is not the case here.

In my opinion, the trial judge came to the conclusion on the evidence that there was a reasonable doubt that the conduct of the accused con-

telle interprétation constituerait une analyse trop minutieuse des motifs du juge du procès. Il est clair que le juge du procès a examiné par la suite la pertinence de cette preuve. Le juge du procès parlait alors de l'obligation du ministère public. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve l'intention. Du point de vue du ministère public, il était sans importance que l'appellant ait eu l'intention de conduire prudemment quand il est monté dans l'auto. La phrase qui suit le passage précité montre que c'est là le contexte dans lequel cette affirmation a été faite: «Néanmoins, il va sans dire que le ministère public doit [. . .] s'acquitter de son fardeau . . .»

L'affirmation du juge du procès portant que les conséquences ne sont pas pertinentes doit également être examinée en fonction du contexte dans lequel elle a été faite. Cette mention vise sans aucun doute le décès tragique du passager de l'autre véhicule impliqué dans la collision. Le décès du passager est un élément nécessaire de l'*actus reus*. Il n'est pas par ailleurs pertinent à moins qu'il ne permette de tirer une conclusion quant à savoir s'il y a eu insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité d'autrui. Le ministère public n'a pas laissé entendre qu'il s'agissait d'une circonstance qui permettait de tirer une telle conclusion que ce soit objectivement ou subjectivement.

Dans les circonstances de la présente affaire, le fait qu'une personne a malheureusement été tuée n'ajoute rien à la conduite de l'appellant. Le degré de négligence de l'appellant démontré par la preuve qu'il a conduit après avoir bu et qu'il a brûlé un feu rouge n'est pas augmenté par le fait qu'il y a eu une collision causant mort d'homme. Si le fait de conduire en état d'ébriété et de brûler un feu rouge ne constituait pas une dérogation marquée à la norme, il n'en devenait pas une parce qu'une collision est survenue. Dans certaines circonstances, peut-être, les actes de l'accusé et les conséquences qui en découlent peuvent être à ce point interreliés que les conséquences peuvent être pertinentes pour ce qui est de qualifier sa conduite. Ce n'est pas le cas ici.

À mon avis, le juge du procès est arrivé à la conclusion, après examen de la preuve, qu'il y avait un doute raisonnable que la conduite de

stituted criminal negligence. He was entitled to do so on the facts. Although he made some general remarks that perhaps should not have been made without elaboration, I am satisfied that no error of law resulted. In any event, the statements to which I have alluded did not affect the outcome. The respondent has not satisfied me that the verdict would not necessarily have been the same. The Court of Appeal ought not to have set aside the acquittal.

In view of this conclusion, it is unnecessary to deal with the appellant's submissions with respect to *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961, nor the appellant's submissions that the judgment of the Manitoba Court of Appeal is inconsistent with the principle in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the acquittal restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

l'accusé constituait de la négligence criminelle. Les faits lui permettaient de tirer cette conclusion. Bien qu'il ait fait certaines observations générales qu'il n'aurait peut-être pas dû faire sans préciser davantage sa pensée, je suis convaincu qu'il n'en est résulté aucune erreur de droit. Quoi qu'il en soit, les affirmations auxquelles j'ai fait allusion n'ont pas eu d'effet sur l'issue du procès. L'intimée ne m'a pas convaincu que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. La Cour d'appel n'aurait pas dû annuler le verdict d'acquiescement.

Étant donné cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de l'appelant au sujet de l'arrêt *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961, ni sa prétention que l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba est incompatible avec le principe de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le verdict d'acquiescement est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Skwark, Myers, Kussin, Weinstein, Winnipeg.

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

Westeel-Rosco Limited/Westeel-Rosco Limitée, Robert Seipp, Brian Fiddler, William Rozell, Gary Ashton, Phillip Wellings, Kent Glasier, Cory Berg, Sidney Stechoski, Lee Cannon, Dan Brooks, Jim Greginsky, Tom Rice, Brian Murphy and Kevin Lowe *Appellants*

v.

Kerrybrooke Development Limited/La Société immobilière Kerrybrooke Limitée and Simpsons-Sears Limited/Simpsons-Sears Limitée *Respondents*

and

Ellis-Don Limited, Brian Kirk and Daryl Zorn *Respondents*

INDEXED AS: KERRYBROOKE DEVELOPMENT LTD. v. ELLIS-DON LTD.

File No.: 21228.

1990: March 1.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Negligence — Building contracts — Liability of contractor and subcontractor.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 67 Sask. R. 304, affirming a judgment of Scheibel J. (1986), 46 Sask. R. 47, 18 C.L.R. 20. Appeal dismissed.

Leonard D. Andrychuk and Jeffrey M. Lee, for the appellants.

No one appeared for the respondents Kerrybrooke Development Ltd. et al.

E. R. Gritzfeld, Q.C., and *M. T. Megaw*, for the respondents Ellis-Don Ltd. et al.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—We need not hear from you Mr. Gritzfeld and Mr. Megaw, we are ready to give judgment now. Our colleague Justice La Forest will pronounce the judgment of the Court.

Westeel-Rosco Limited/Westeel-Rosco Limitée, Robert Seipp, Brian Fiddler, William Rozell, Gary Ashton, Phillip Wellings, Kent Glasier, Cory Berg, Sidney Stechoski, Lee Cannon, Dan Brooks, Jim Greginsky, Tom Rice, Brian Murphy et Kevin Lowe *Appellants*

c.

^b **Kerrybrooke Development Limited/La Société immobilière Kerrybrooke Limitée et Simpsons-Sears Limited/Simpsons-Sears Limitée** *Intimées*

^c et

Ellis-Don Limited, Brian Kirk et Daryl Zorn *Intimés*

^d RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE KERRYBROOKE LTÉE c. ELLIS-DON LTD.

N° du greffe: 21228.

1990: 1 mars.

^e Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

^f *Négligence — Contrats de construction — Responsabilité de l'entrepreneur et du sous-traitant.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 67 Sask. R. 304, qui a confirmé la décision du juge Scheibel (1986), 46 Sask. R. 47, 18 C.L.R. 20. Pourvoi rejeté.

Leonard D. Andrychuk et Jeffrey M. Lee, pour les appelants.

^h Personne n'a comparu pour les intimées la Société immobilière Kerrybrooke Ltée et autre.

E. R. Gritzfeld, c.r., et *M. T. Megaw*, pour les intimés Ellis-Don Ltd. et autres.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Gritzfeld et M^e Megaw, nous sommes prêts à rendre jugement maintenant. Notre collègue le juge La Forest va prononcer le jugement de la Cour.

LA FOREST J.—The courts below found that the damages in this case resulted solely from the appellants' negligence. There was no finding of negligence against the contractor, although it was liable in contract to the owners for the damage to the roof. Under these circumstances, we are all of the view that the courts below arrived at the proper decision.

The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondents Ellis-Don Ltd. et al.: Gritzfeld & Associates, Regina.

LE JUGE LA FOREST—Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé que les dommages en l'espèce résultaient uniquement de la négligence des appelants. On n'a pas conclu à l'existence de négligence de la part de l'entrepreneur, même si, sur le plan contractuel, il était responsable envers les propriétaires pour le dommage causé au toit. Dans ces circonstances, nous sommes tous d'avis que les tribunaux d'instance inférieure ont rendu la bonne décision.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intimés Ellis-Don Ltd. et autres: Gritzfeld & Associates, Regina.

Brahm Datt Selhi *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SELHI

File No.: 19333.

1990: March 2.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Plea of autrefois acquit — Crown withdrawing two informations after plea of not guilty but before any evidence adduced — New information laid — Whether plea of autrefois acquit available.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1985), 38 Sask. R. 90, 18 C.C.C. (3d) 131, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench¹, dismissing the accused's appeal by way of stated case from a judgment of the Provincial Court², refusing the accused's plea of *autrefois acquit*. Appeal dismissed.

Eldon B. Lindgren, for the appellant.

Carol A. Snell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is a summary conviction proceeding. The case concerns the withdrawal of two informations by the Crown, subsequent to the accused pleading not guilty but before any evidence was adduced against him, and the immediate issuance of a new information in which both of the old charges were consolidated. The accused argues that the new information can be successfully met with a plea of *autrefois acquit*, and the sole aspect of this special plea which is in issue is whether the withdrawal of the informations can be characterized as in the nature of an acquittal.

¹ Sask. Q.B. (Battleford), No. 563, November 23, 1984 (Hrabinsky J.)

² Sask. Prov. Ct., July 4, 1984 (Arnop Prov. Ct. J.)

Brahm Datt Selhi *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. SELHI

N° du greffe: 19333.

1990: 2 mars.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

c

Droit criminel — Plaidoyer d'autrefois acquit — Retrait par le ministère public de deux dénonciations après un plaidoyer de non-culpabilité mais avant la présentation d'une preuve — Dépôt d'une nouvelle dénonciation — Peut-on recourir au plaidoyer d'autrefois acquit?

d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1985), 38 Sask. R. 90, 18 C.C.C. (3d) 131, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine¹, qui avait rejeté l'appel de l'accusé interjeté par voie d'exposé de cause contre la décision de la Cour provinciale² de refuser son plaidoyer d'autrefois acquit. Pourvoi rejeté.

f

Eldon B. Lindgren, pour l'appelant.

Carol A. Snell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

g

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit en l'espèce d'une procédure de déclaration sommaire de culpabilité. L'affaire porte sur le retrait de deux dénonciations par le ministère public, après que l'accusé eut plaidé non coupable, mais avant la présentation d'une preuve contre lui, et le dépôt immédiat d'une nouvelle dénonciation dans laquelle les anciennes accusations ont été réunies. L'accusé soutient qu'il est possible de repousser la nouvelle dénonciation au moyen d'un plaidoyer d'autrefois acquit, et le seul aspect de ce plaidoyer spécial qui est en cause est de savoir si le retrait des dénonciations peut être qualifié comme tenant d'un acquittement.

h

i

¹ B.R. Sask. (Battleford), n° 563, 23 novembre 1984 (le juge Hrabinsky).

² C. prov. Sask., 4 juillet 1984 (le juge Arnop).

We are all of the opinion that the Court of Appeal of Saskatchewan did not err in holding that a plea of *autrefois acquit* was not available to the accused on the facts of this case. The withdrawal flowed from a purely technical consideration, and did not represent a decision on legal or factual grounds. Moreover, to expose the accused to a new information based upon the same events and offences mentioned in the original informations would expose him to no prejudice. Finally, the withdrawal occurred at the very beginning of the trial, before any evidence was adduced. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Maher, Lindgren, Blais & Frank, North Battleford.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Regina.

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas commis d'erreur en concluant que, compte tenu des faits de l'espèce, l'accusé ne pouvait recourir à un plaidoyer d'*autrefois acquit*. Le retrait découle d'une considération purement technique et ne représente pas une décision fondée sur des motifs juridiques ou factuels. De plus, exposer l'accusé à une nouvelle dénonciation fondée sur les mêmes événements et infractions mentionnés dans les dénonciations initiales ne l'exposerait à aucun préjugé. Enfin, le retrait s'est produit au tout début du procès, avant la présentation de la preuve. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Maher, Lindgren, Blais & Frank, North Battleford.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Regina.

Yvon Dumont, Roy Chartrand, Ron Erikson, Claire Riddle, Billyjo de la Ronde, Jack Fleming, Jack McPherson, Don Roulette, Edgar Bruce Jr., Freda Lundmark, Miles Allarie, Celia Klassen, Alma Belhumeur, Stan Guiboche, Jeanne Perrault, Marie Banks Ducharme, Earl Henderson, Manitoba Metis Federation Inc., suing on their behalf and on behalf of all other descendants of Metis persons entitled to land and other rights under Sections 31 and 32 of the *Manitoba Act, 1870*, and the Native Council of Canada Inc. *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*
and

The Attorney General of Manitoba *Defendant*

INDEXED AS: DUMONT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21063.

1990: March 2.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Practice — Pleadings — Striking out — Statement of claim seeking declaration that various federal and provincial statutes unconstitutional — Whether statement of claim properly struck out.

Cases Cited

Referred to: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1871, 34 & 35 Vict., c. 28 (U.K.) [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 11].
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 8].

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 52 Man. R. (2d) 291, 52 D.L.R. (4th) 25, [1988] 5 W.W.R. 193, [1988] 3 C.N.L.R. 39, setting aside a judgment of

Yvon Dumont, Roy Chartrand, Ron Erikson, Claire Riddle, Billyjo de la Ronde, Jack Fleming, Jack McPherson, Don Roulette, Edgar Bruce fils, Freda Lundmark, Miles Allarie, Celia Klassen, Alma Belhumeur, Stan Guiboche, Jeanne Perrault, Marie Banks Ducharme, Earl Henderson, Manitoba Metis Federation Inc., en leur propre nom et en celui de tous les autres descendants de Métis ayant des droits sur des terres et d'autres droits en vertu des articles 31 et 32 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et le Conseil national des autochtones du Canada Inc. *Appellants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*
et

Le procureur général du Manitoba *Défendeur*

RÉPERTORIÉ: DUMONT c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

e N° du greffe: 21063.

1990: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Pratique — Actes de procédure — Radiation — Déclaration visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelles diverses lois fédérales et provinciales — La déclaration a-t-elle été radiée à bon droit?

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1871, 34 & 35 Vict., ch. 28 (R.-U.) [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 11].
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 8].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 52 Man. R. (2d) 291, 52 D.L.R. (4th) 25, [1988] 5 W.W.R. 193, [1988] 3 C.N.L.R. 39, qui a infirmé une décision du juge

Barkman J. (1987), 48 Man. R. (2d) 4, [1987] 2 C.N.L.R. 85, dismissing respondent's application to strike appellants' statement of claim. Appeal allowed.

Thomas R. Berger and James R. Aldridge, for the appellants Dumont et al.

Victor S. Savino, for the appellant the Native Council of Canada Inc.

I. G. Whitehall, Q.C., and *W. Burnham*, for the respondent.

Robert Houston, Q.C., for the Attorney General of Manitoba.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the view that this appeal succeeds. The judgment of the Court will be delivered by Justice Wilson.

WILSON J.—The members of the Court are all of the view that the test laid down in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, for striking out a statement of claim is not met in this case. It cannot be said that the outcome of the case is “plain and obvious” or “beyond doubt”.

Issues as to the proper interpretation of the relevant provisions of the *Manitoba Act, 1870* and the *Constitution Act, 1871* and the effect of the impugned ancillary legislation upon them would appear to be better determined at trial where a proper factual base can be laid.

The Court is of the view also that the subject matter of the dispute, inasmuch as it involves the constitutionality of legislation ancillary to the *Manitoba Act, 1870* is justiciable in the courts and that declaratory relief may be granted in the discretion of the court in aid of extra-judicial claims in an appropriate case.

We see no reason, therefore, why the action should not proceed to trial. The appeal is accordingly allowed and the order of the Court of Appeal

Barkman (1987), 48 Man. R. (2d) 4, [1987] 2 C.N.L.R. 85, qui avait rejeté une requête de l'intimé visant à obtenir la radiation de la déclaration des appelants. Pourvoi accueilli.

^a *Thomas R. Berger et James R. Aldridge*, pour les appelants Dumont et autres.

^b *Victor S. Savino*, pour l'appelant le Conseil national des autochtones du Canada Inc.

I. G. Whitehall, c.r., et *W. Burnham*, pour l'intimé.

^c *Robert Houston, c.r.*, pour le procureur général du Manitoba.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^d LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli. Le jugement de la Cour sera rendu par le juge Wilson.

^e LE JUGE WILSON—Les membres de la Cour sont tous d'avis que l'on n'a pas satisfait en l'espèce au critère établi dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, pour radier une déclaration. On ne peut pas dire que l'issue de l'affaire est ^f «évidente» ou qu'elle est «au-delà de tout doute».

^g Il semblerait que les questions relatives à l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions applicables de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de la *Loi constitutionnelle de 1871* et à l'effet qu'a sur elles la mesure législative accessoire seraient mieux tranchées en première instance où il est possible d'établir un bon fondement factuel.

^h La Cour est également d'avis que l'objet du litige, dans la mesure où il comporte la constitutionnalité de la mesure législative accessoire à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, peut être réglé ⁱ devant les tribunaux judiciaires et qu'un jugement déclaratoire peut être accordé à la discrétion de la cour à l'appui de revendications extrajudiciaires dans un cas qui se prête à cela.

^j Nous ne voyons donc pas pourquoi l'action ne devrait pas avoir lieu en première instance. En conséquence, le pourvoi est accueilli et l'ordon-

striking out the appellants' claim against the Attorney General of Canada is set aside.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants Dumont et al.: Thomas R. Burger, Vancouver.

Solicitors for the appellant the Native Council of Canada Inc.: Savino & Company, Winnipeg.

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

nance de la Cour d'appel radiant la déclaration des appelants contre le procureur général du Canada est annulée.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants Dumont et autres: Thomas R. Burger, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le Conseil national des autochtones du Canada Inc.: Savino & Company, Winnipeg.

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

Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*Appellant*

v.

**International Woodworkers of America,
Local 2-69** *Respondent*

and

The Ontario Labour Relations Board*Respondent*INDEXED AS: IWA v. CONSOLIDATED-BATHURST
PACKAGING LTD.

File No.: 20114.

1989: April 26; 1990: March 15.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Administrative law — Natural justice — Audi alteram partem rule — Right to know case to be made — Three-person panel hearing case and ultimately making decision — Case involving important and wider policy implications — Full Board meeting called to discuss policy implications of a draft decision — Facts accepted as stated in draft decision — No vote or consensus taken — No minutes kept — Attendance not recorded — Whether or not breach of rules of natural justice occurred — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

The Ontario Labour Relations Board ordinarily sits in panels of three when hearing applications under the *Labour Relations Act*. A three-member panel decided that the appellant had failed to bargain in good faith by not disclosing during negotiations for a collective agreement that it planned to close a plant. In the course of deliberating over this decision, a meeting of the full Board was held to discuss a draft of the reasons. No express statutory authority exists for this practice.

The record did not indicate how many of the Board's 48 members attended the meeting in question and

Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*Appelante*

c.

**^a Syndicat international des travailleurs du
bois d'Amérique, section locale 2-69** *Intimé*

et

**^b La Commission des relations de travail de
l'Ontario** *Intimée*RÉPERTORIÉ: SITBA c. CONSOLIDATED-BATHURST
PACKAGING LTD.^c N° du greffe: 20114.

1989: 26 avril; 1990: 15 mars.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit administratif — Justice naturelle — Règle audi alteram partem — Droit de connaître la preuve invoquée contre soi — Audition d'une affaire et décision ultime par un banc de trois personnes — Affaire comportant des conséquences importantes et plus générales en matière de politique — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter des conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision — Faits énoncés dans l'avant-projet de décision tenus pour avérés — Aucun vote ni aucune vérification du consensus — Aucune rédaction de procès-verbal des délibérations — Aucune prise des présences — Y a-t-il eu violation des règles de justice naturelle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

^h La Commission des relations de travail de l'Ontario siège ordinairement en bancs de trois membres quand elle entend les demandes présentées en vertu de la *Loi sur les relations de travail*. Un banc de trois commissaires a statué que l'appelante avait refusé de négocier de bonne foi en ne divulguant pas, au cours des négociations visant la signature d'une convention collective, qu'elle projetait de fermer une usine. Pendant les délibérations relatives à cette décision, la Commission a tenu une réunion plénière pour débattre un avant-projet de motifs. Aucune disposition législative n'autorise expressément cette pratique.

^j Le dossier ne précise pas combien des 48 membres de la Commission ont assisté à la réunion en cause ni s'il y

whether labour and management were equally represented as contemplated by s. 102(9) of the Act. The members of the panel who heard the case, however, appear to have been present. The meeting was conducted in accordance with the Board's longstanding and usual practice. This practice required that discussion be limited to the policy implications of a draft decision, that the facts be accepted as contained in the decision, that no vote or consensus be taken, that no minutes be kept, and that no attendance be recorded.

Appellant applied for judicial review of the Board's decision on the ground that the rules of natural justice had been breached. The application was granted by the Divisional Court but was disallowed on appeal. At issue here was whether the two rules of natural justice had been breached: (a) that the adjudicator be independent and unbiased, that he who decides must hear, and (b) the *audi alteram partem* rule, the right to know the case to be met.

Held (Lamer and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Full board meetings are a practical means of calling upon the accumulated experience of board members when making an important policy decision and obviate the possibility of different panels inadvertently deciding similar issues in a different way. The rules of natural justice should reconcile the characteristics and exigencies of decision making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties.

The members of a panel who actually participate in the decision must have heard both the evidence and the arguments presented by the parties. The presence of other Board members at the full board meeting does not, however, amount to "participation" in the final decision. Discussion with a person who has not heard the evidence does not necessarily vitiate the resulting decision because this discussion might "influence" the decision maker.

Decision makers cannot be forced or induced to adopt positions they do not agree with by means of some formalized consultation process. A discussion does not prevent a decision maker from adjudicating in accordance with his own conscience and does not constitute an obstacle to this freedom. The ultimate decision, whatever discussion may take place, is that of the decision

avait représentation égale des employés et de l'employeur comme le prescrit le par. 102(9) de la Loi. Les membres du banc qui avaient entendu l'affaire semblent cependant avoir été présents. La réunion s'est déroulée conformément à la pratique habituelle que la Commission suit depuis longtemps. Cette pratique consiste à restreindre les débats aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision, à considérer les faits mentionnés dans la décision comme avérés, à ne pas prendre de vote ni vérifier s'il y a consensus, à ne pas rédiger de procès-verbal des délibérations et à ne pas prendre les présences.

L'appelante a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission pour le motif qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle. Cette demande a été accueillie par la Cour divisionnaire, mais rejetée en appel. Il s'agit en l'espèce de déterminer si les deux règles suivantes de justice naturelle ont été violées: a) celle portant que le décideur doit être indépendant et impartial, que celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue, et b) la règle *audi alteram partem*, le droit de connaître la preuve invoquée contre soi.

Arrêt (les juges Lamer et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les réunions plénières de la Commission sont un moyen pratique de faire appel à l'expérience acquise par les commissaires lorsqu'il s'agit de rendre une décision importante de politique et d'éviter que des bancs différents rendent des décisions divergentes sur des questions semblables. Les règles de justice naturelle devraient concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure.

Les membres du banc qui participent effectivement à une décision doivent avoir entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries soumises par les parties. La présence d'autres commissaires à la réunion plénière de la Commission n'équivaut cependant pas à une «participation» à la décision finale. La discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve n'entache pas forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que cette discussion est susceptible d'«influencer» le décideur.

On ne peut recourir à aucun mécanisme formel de consultation pour forcer ou inciter un décideur à adopter un point de vue qu'il ne partage pas. Une discussion n'empêche pas un décideur de juger selon sa propre conscience pas plus qu'elle ne constitue une entrave à sa liberté. Quelles que soient les discussions qui peuvent avoir lieu, la décision ultime appartient au décideur et il

maker and he or she must assume full responsibility for that decision. Board members are not empowered by the Act to impose one member's opinion on another and procedures which may in effect compel or induce a panel member to decide against his or her own conscience or opinion cannot be used to thwart this *de jure* situation.

The criteria for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions. The full board meeting was an important element of a legitimate consultation process and not a participation in the decision of persons who had not heard the parties. As practised by the Board, the holding of full board meetings does not impinge on the ability of panel members to decide according to their opinions so as to give rise to a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

For the purpose of the application of the *audi alteram partem* rule, a distinction must be drawn between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues.

Evidence cannot always be assessed in a final manner until the appropriate legal test has been chosen by the panel and until all the members of the panel have evaluated the credibility of each witness. It is, however, possible to discuss the policy issues arising from the body of evidence filed before the panel even though this evidence may give rise to a wide variety of factual conclusions. These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. The purpose of the policy discussions is not to determine which of the parties will eventually win the case but rather to outline the various legal standards which may be adopted by the Board and discuss their relative value.

Policy issues must be approached in a different manner because they have, by definition, an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the parties. While they are adopted in a factual context, they are an expression of principle or standards akin to law. Since these issues involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs, the impact of a policy decision by the Board is, to a certain extent, independent from the immediate interests of the parties even though it has an effect on the outcome of the complaint.

On factual matters the parties must be given a fair opportunity for correcting or contradicting any relevant

en assume la responsabilité entière. La Loi n'habilite pas les membres de la Commission à imposer leur avis à un autre commissaire et on ne saurait recourir à des procédures qui peuvent avoir pour effet de forcer ou d'inciter un membre d'un banc à statuer à l'encontre de ses propres conscience ou opinions pour contrecarrer cette situation de droit.

Le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. La réunion plénière de la Commission a constitué un élément important du processus légitime de consultation, mais non une participation à la décision par des personnes qui n'avaient pas entendu les parties. La pratique de la Commission consistant à tenir des réunions plénières n'entrave pas la capacité des membres d'un banc de statuer selon leurs opinions, de manière à susciter une crainte raisonnable de partialité ou d'un manque d'indépendance.

Aux fins de l'application de la règle *audi alteram partem*, il faut distinguer les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit ou de politique.

Il n'est pas toujours impossible d'évaluer la preuve de façon définitive avant que le banc n'ait choisi le critère juridique approprié et avant que tous les membres du banc n'aient évalué la crédibilité de chaque témoin. Cependant, il est possible de débattre des questions de politique que soulève la preuve soumise au banc même si cette preuve peut entraîner une grande variété de conclusions sur les faits. Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent l'issue du litige après que le banc a adopté un critère. Les discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative.

Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commission ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte.

Relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une possibilité raisonnable de corriger ou de

statement prejudicial to their view. The rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is, however, somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. This right does not encompass the right to repeat arguments every time the panel convenes to discuss the case.

The safeguards attached by the Board to this consultation process are sufficient to allay any fear of violations of the rules of natural justice provided the parties are advised of any new evidence or grounds and are given an opportunity to respond. The balance so achieved between the rights of the parties and the institutional pressures the Board faces are consistent with the nature and purpose of the rules of natural justice. In the instant case, the policy decided upon was the very subject of the hearing when the parties had full opportunity to deal with the matter and present diverging proposals which they did.

Per Lamer and Sopinka JJ. (dissenting): The introduction of policy considerations in the decision-making process by members of the Board who were not present at the hearing and their application by members who were present but who heard no submissions from the parties in that respect violates the rationale underlying the principles of natural justice.

The final decision was formally that of the three-member panel. The inference that the full Board meeting might have affected the outcome, however, exists and is fed by two difficulties. Firstly, uniformity can only be achieved if some decisions of the individual panels are brought into line with others by the uniform application of policy. Secondly, in matters affecting the integrity of the decision-making process, an appearance of injustice is sufficient to taint the decision.

The Board is required by statute to hold a hearing and to give the parties a full opportunity to present evidence and submissions. It is also entitled to apply policy. The role of policy in the decision-making function of boards must be reappraised in light of the evolution of the law relating to the classification of tribunals and the application of the rules of natural justice and fairness to those boards. The content of the rules of natural justice is no longer dictated by classification as judicial, quasi-judicial or executive, but by reference to the circumstances of the case, the governing statutory provisions and the nature of the matters to be determined. It is no longer appropriate to conclude that failure to disclose policy to

contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue. Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n'inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l'affaire.

Les garanties dont la Commission assortit ce processus de consultation sont suffisantes pour dissiper toute crainte de violation des règles de justice naturelle pourvu également que les parties soient informées de tout nouvel élément de preuve ou de tout nouveau moyen et qu'elles aient la possibilité d'y répondre. L'équilibre ainsi réalisé entre les droits des parties et les pressions institutionnelles qui s'exercent sur la Commission sont compatibles avec la nature et l'objet des règles de justice naturelle. En l'espèce, la politique visée par la décision était l'objet même de l'audition à laquelle les parties avaient l'entière possibilité de traiter de la question et de présenter des propositions divergentes, et c'est ce qu'elles ont fait.

Les juges Lamer et Sopinka (dissidents): L'introduction de considérations de politique dans le processus décisionnel par des commissaires qui n'ont pas assisté à l'audition et leur application par des commissaires qui étaient présents mais qui n'ont pas entendu de plaidoiries des parties au sujet de ces considérations, est contraire à la raison d'être des principes de justice naturelle.

La décision finale est bel et bien celle du banc de trois commissaires. La conclusion que la réunion plénière de la Commission peut avoir influé sur l'issue de l'affaire existe toutefois et découle de deux difficultés. Premièrement, l'uniformité ne peut se réaliser que si on fait concorder certaines décisions de bancs particuliers par l'application constante d'une politique. Deuxièmement, en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice pour vicier la décision.

La Loi oblige la Commission à tenir une audition et à donner aux parties toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des arguments. Elle a aussi le pouvoir d'appliquer des politiques. Il y a lieu de réévaluer le rôle des politiques dans le processus décisionnel des commissions en fonction de l'évolution du droit relatif à la classification des tribunaux et à l'application des règles de justice naturelle et d'équité à leur endroit. Le contenu des règles de justice naturelle ne dépend plus de leur classification en règles judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, mais il est déterminé par les circonstances de l'affaire, les dispositions législatives applicables et la nature des litiges à décider. Il ne

be applied by a tribunal is not a denial of natural justice without examining all the circumstances under which the tribunal operates.

The full board hearing deprived the appellant of a full opportunity to present evidence and submissions and accordingly constituted a denial of natural justice. It could not be determined with certainty from the record that a policy which was developed at the full Board hearing and was not disclosed to the parties was a factor in the decision. That this might very well have happened, however, was fatal to the Board's decision.

The goal of uniformity in the decisions of individual boards, while laudable, cannot be achieved at the expense of the rules of natural justice. The legislature, if it so chooses, can authorize the full board procedure.

The conclusion that no substantial wrong occurred could not be made. Prejudice arising because of a technical breach of the rules of natural justice must be established by the party making the allegation. The appellant, however, could hardly be expected to establish prejudice when it was not privy to the discussion before the full Board and when there is no evidence as to what in fact was discussed. The gravity of the breach of natural justice could not be assessed in the absence of such evidence.

The full board procedure was not saved by s. 102(13) of the *Labour Relations Act* which granted the Board the power to determine its own practice and procedure subject to the qualification that full opportunity be granted the parties to any proceedings to present their evidence and to make their submissions. The appellant was not given a full opportunity to present evidence and make submissions. The Board's practice must give way when at a variance with the rules of natural justice.

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362; **referred to:** *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Mehr v.*

convient plus de conclure que l'omission de divulguer les politiques que le tribunal va appliquer ne constitue pas un déni de justice naturelle sans examiner toutes les circonstances dans lesquelles le tribunal fonctionne.

La réunion plénière de la Commission a privé l'appelante de la pleine possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir des arguments et a constitué un déni de justice naturelle. Le dossier ne permet pas de déterminer avec certitude si la formulation, lors de la réunion plénière, d'une politique qui n'a pas été divulguée aux parties a eu un effet sur la décision. Le fait que la chose ait très bien pu se produire est cependant fatal à la décision de la Commission.

Même si l'uniformisation des décisions de tribunaux particuliers est souhaitable, elle ne peut se faire aux dépens des règles de justice naturelle. Si le législateur veut permettre la poursuite de cet objectif, il est libre d'autoriser la procédure de réunion plénière de la Commission.

Il est impossible de conclure qu'il n'y a pas eu de préjudice grave. Le préjudice causé par une violation technique des règles de justice naturelle doit être prouvé par la partie qui l'invoque. On ne saurait cependant demander à l'appelante de prouver l'existence d'un préjudice alors qu'elle n'a pas eu connaissance de ce qui a été discuté à la réunion plénière de la Commission et qu'il n'y a pas de preuve quant à ce qui y a été réellement discuté. En l'absence de cette preuve, il est impossible de déterminer la gravité de la violation des règles de justice naturelle.

La procédure de réunion plénière de la Commission n'est pas sauvegardée par le par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail* qui confère à la Commission le pouvoir de régir sa propre pratique et procédure sous réserve d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. L'appelante n'a pas eu toute possibilité de présenter sa preuve et de soumettre ses arguments. Quand les règles de justice naturelle entrent en conflit avec une pratique de la Commission, cette dernière doit céder le pas.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362; **arrêts mentionnés:** *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des*

Law Society of Upper Canada, [1955] S.C.R. 344; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484; *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120.

By Sopinka J. (dissenting)

United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd., [1980] OLRB Rep. 577; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344; *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943; *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3; *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395; *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334; *Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173; *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 15, 102, 102(9), (13), 103, 106, 108, 114.

alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484; *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd., [1980] OLRB Rep. 577; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943; *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3; *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395; *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334; *Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping* (1984), 8 Admin. L.R. 173; *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 15, 102, 102(9), (13), 103, 106, 108, 114.

Authors Cited

- Aronson, Mark and Nicola Franklin. *Review of Administrative Action*, 2nd ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Benyekhlef, K. *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1988.
- Blache, Pierre et Suzanne Comtois. «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645.
- Crane, Brian. Case Comment (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215.
- de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswells, 1985.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.
- Morissette, Yves-Marie. *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3. Toronto: The Queen's Printer, 1971.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
- Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513, allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481, 20 D.L.R. (4th) 84, 85 CLLC 14,031, granting an application to quash a decision of the Ontario Labour Relations Board, [1983] OLRB Rep. December 1995, 5 CRBR (NS) 79, made on a reconsideration of its original decision, [1983] OLRB Rep. September 1411, 4 CLRBR (NS) 178. Appeal dismissed, Lamer and Sopinka JJ. dissenting.

William R. Herridge, Q.C., for the appellant.

Paul Cavalluzzo and David Bloom, for the respondent International Woodworkers of America, Local 2-69.

Doctrine citée

- Aronson, Mark and Nicola Franklin. *Review of Administrative Action*, 2nd ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- ^a Benyekhlef, K. *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1988.
- Blache, Pierre et Suzanne Comtois. «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645.
- ^b Crane, Brian. Case Comment (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215.
- de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*. 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984.
- ^c Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.
- Morissette, Yves-Marie. *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.
- ^d Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3. Toronto: The Queen's Printer, 1971.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
- ^e Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.
- ^f Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 56 O.R. (2d) 513, qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481, 20 D.L.R. (4th) 84, 85 CLLC 14,031, qui avait accueilli une demande d'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario, [1983] OLRB Rep. December 1995, 5 CRBR (NS) 79, rendue relativement à une demande de réexamen de sa décision initiale, [1983] OLRB Rep. September 1411, 4 CLRBR (NS) 178. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Sopinka sont dissidents.

William R. Herridge, c.r., pour l'appelante.

Paul Cavalluzzo et David Bloom, pour l'intimé le Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69.

Gordon F. Henderson, Q.C., and R. Ross Wells,
for the respondent the Ontario Labour Relations
Board.

The reasons of Lamer and Sopinka JJ. were
delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—The issue in this case
is the propriety of a practice of the Ontario
Labour Relations Board pursuant to which a full
Board session is held to discuss a draft decision of
a three-person panel.

Facts

The Ontario Labour Relations Board (herein-
after the “Board”) derives its statutory authority
under the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c.
228 (hereinafter the “Act”). The Board ordinarily
sits in panels of three in hearing applications under
the Act. This is authorized by s. 102(9) of the Act
which provides:

102. ...

(9) The chairman or a vice-chairman, one member
representative of employers and one member representa-
tive of employees constitute a quorum and are sufficient
for the exercise of all the jurisdiction and powers of the
Board.

The original decision of a panel of three mem-
bers of the Board ([1983] OLRB Rep. September
1411) from which this litigation arises was that the
appellant had failed to bargain in good faith by
not disclosing during negotiations for a collective
agreement that it planned to close its Hamilton
plant. In the course of deliberating over this deci-
sion, a meeting was held of the full Board to
discuss a draft of the reasons. No express statutory
authority exists for this practice.

Although we are told that the full Board con-
sists of 48 members, it does not appear from the
record how many attended the meeting in question
and whether labour and management were equally
represented as contemplated by s. 102(9) of the
Act. The affidavit of Mr. Michael Gordon, filed on
behalf of the appellant, identifies thirteen of the

Gordon F. Henderson, c.r., et R. Ross Wells,
pour l'intimée la Commission des relations de tra-
vail de l'Ontario.

Version française des motifs des juges Lamer et
Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent
pourvoi soulève la question du bien-fondé d'une
pratique suivie par la Commission des relations de
travail de l'Ontario en vertu de laquelle celle-ci
tient une réunion plénière pour débattre l'avant-
projet de la décision que doit rendre un banc de
trois commissaires.

Les faits

La Commission des relations de travail de l'On-
tario (ci-après la «Commission») tient son existence
de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980,
ch. 228 (ci-après la «Loi»). La Commission siège
ordinairement en bancs de trois membres quand
elle entend les demandes présentées en vertu de la
Loi. Le paragraphe 102(9) de la Loi, qui permet
cette façon de procéder, est ainsi conçu:

102 ...

(9) Le président ou un vice-président, un membre
représentant les employeurs et un membre représentant
les employés constituent le quorum et peuvent exercer
les attributions de la Commission.

La décision initiale du banc de trois commissai-
res ([1983] OLRB Rep. September 1411) qui est à
l'origine du présent litige portait que l'appelante
avait refusé de négocier de bonne foi en ne divul-
guant pas, au cours des négociations visant la
signature d'une convention collective, qu'elle proje-
tait de fermer son usine de Hamilton. Pendant les
délibérations relatives à cette décision, la Commis-
sion a tenu une réunion plénière pour débattre un
avant-projet de motifs. Aucune disposition législa-
tive n'autorise expressément cette pratique.

Bien qu'on nous dise que la Commission au
complet se compose de 48 membres, le dossier ne
mentionne pas combien de membres ont assisté à
la réunion en cause, ni s'il y avait représentation
égale des employés et de l'employeur comme le
prescrit le par. 102(9) de la Loi. L'affidavit de M.
Michael Gordon, produit pour le compte de l'appe-

people present, among them an alternate chairman, several vice-chairmen, a number of Board members, solicitors and senior employees of the Board. Of those specifically identified, only Board member Wightman was a member of the panel which heard the case. Nevertheless it appears from the Board's reasons on reconsideration that the other members of the panel of three were also present.

While it is not contested that no evidence was introduced at this full board meeting, it is not clear from the record what was discussed. The meeting took several hours but no minutes were kept. The reasons of the Board on reconsideration describe the practice of the Board in relation to full board hearings but provide no details as to what was discussed. It may be assumed that the matters discussed were in accordance with the Board's practice in this regard. This practice is described in the decision of the Board on Consolidated-Bathurst's application to reconsider the original decision, [1983] OLRB Rep. December 1995, which reads, in part, at paragraph 8:

8. After deliberating over a draft decision, any panel of the Board contemplating a major policy issue may, through the Chairman, cause a meeting of all Board members and vice-chairmen to be held to acquaint them with this issue and the decision the panel is inclined to make. These "Full Board" meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province.

There is no evidence that the procedure at the meeting in question departed from the Board's usual practice, whereby discussion is limited to the policy implications of a draft decision, the facts contained in the decision are taken as given, no vote or consensus is taken, no minutes are kept, and no attendance is recorded. The practice is not a recent innovation. It goes back at least as far as

lante, fournit les noms de treize des personnes présentes, dont un président suppléant, quelques vice-présidents, un certain nombre de commissaires, des avocats et des cadres de la Commission.

^a Parmi les personnes expressément nommées, seul le commissaire Wightman faisait partie du banc qui avait entendu l'affaire. Néanmoins, il ressort des motifs rendus par la Commission au sujet de la demande de réexamen que les autres membres du banc de trois commissaires étaient eux aussi présents.

Bien qu'il ne soit pas contesté qu'aucun élément de preuve n'a été soumis pour la première fois à la réunion plénière de la Commission, le dossier n'indique pas clairement le sujet des délibérations. La réunion a duré plusieurs heures, mais personne n'a rédigé de procès-verbal. Les motifs rendus par la Commission sur la demande de réexamen décrivent la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières, sans toutefois préciser ce sur quoi les débats ont porté. On peut supposer que les sujets discutés étaient conformes à la pratique de la Commission à cet égard. Cette pratique est décrite dans la décision rendue par la Commission au sujet de la demande de réexamen de la décision initiale, présentée par Consolidated-Bathurst, [1983] OLRB Rep. December 1995, dont le par. 8 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 8. Après avoir délibéré sur un avant-projet de décision, un banc qui envisage de trancher une question importante de politique peut faire convoquer, par l'intermédiaire du président, une réunion plénière des membres et des vice-présidents pour leur faire part de la question soulevée et de la décision que le banc favorise. Ces réunions plénières ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l'ensemble des commissaires l'évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l'économie de la province.

Il n'y a aucune preuve que la procédure suivie lors de la réunion en cause a été différente de la pratique habituelle de la Commission qui consiste à restreindre les débats aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision, à considérer les faits mentionnés dans la décision comme avérés, à ne pas prendre de vote ni vérifier s'il y a consensus, à ne pas rédiger de procès-verbal

1971 when it was referred to, disapprovingly, in Chief Justice McRuer's report in the *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, February 22, 1971, pp. 2004-6.

The appellant learned of the full board meeting by chance and requested a reconsideration by the Board of its decision. This request was denied. In the course of its reasons the Board, as mentioned above, described its practice in detail and defended it as promoting consistency in the Board's decisions and as an institutionalization of the informal practice of conferral among colleagues. The Board considered its practice not a breach of natural justice but rather a procedure well suited to the Board's size, composition, and statutory mandate. Subsequent to the Board's refusal to reconsider its decision, the appellant applied to the Divisional Court for judicial review.

Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481

The majority of the Divisional Court, with Osler J. dissenting, granted the application, quashed the Board's decision, and ordered the Board to reconsider the matter in light of the Court's reasons for judgment. The reasons of the majority of the Divisional Court, delivered by Rosenberg J., were to the effect that because the parties had no knowledge as to what had been said in the discussions and no opportunity to respond, there was a violation of the principle that he who hears must decide. It could not be said with certainty that the three-member panel was not influenced in its decision by the full Board, because of the lack of evidence as to what transpired at the meeting. Thus the Court quashed the Board's decision. Osler J., on the other hand, was of the view that the common law contained no prohibition of consultation among decision makers and their colleagues, so long as those who have not heard the evidence and submissions do not participate in the decision. While the parties must be given the

des délibérations et à ne pas prendre les présences. Cette pratique n'est pas récente. Elle remonte au moins aussi loin qu'en 1971, puisque le juge en chef McRuer la mentionne, pour la condamner, dans le rapport de la *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, le 22 février 1971, aux pp. 2004 à 2006.

L'appelante a appris par hasard la tenue de la réunion plénière de la Commission et elle a demandé à la Commission de réexaminer sa décision. Cette demande a été rejetée. Dans ses motifs, la Commission a, comme je l'ai déjà mentionné, décrit sa pratique en détail et l'a justifiée par la cohérence que cette pratique favorise dans les décisions de la Commission, affirmant qu'il s'agit de l'institutionnalisation de la coutume officieuse qu'ont les commissaires de se consulter entre eux. La Commission a estimé que cette pratique ne constituait pas un déni de justice naturelle, mais qu'elle constituait plutôt une procédure bien adaptée à la taille de la Commission, à sa composition et au mandat que lui confère la Loi. Suite au refus de la Commission de réexaminer sa décision, l'appelante a demandé à la Cour divisionnaire de procéder au contrôle judiciaire de la décision.

La Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481

La Cour divisionnaire à la majorité, le juge Osler étant dissident, a fait droit à la demande, annulé la décision de la Commission et lui a ordonné de réexaminer l'affaire en fonction des motifs de jugement de la cour. Les motifs de la majorité des juges de la Cour divisionnaire, rédigés par le juge Rosenberg, portent que parce que les parties ne savaient pas ce qui s'était dit au cours des délibérations et n'ont pas eu la possibilité de répliquer, il y a eu violation du principe voulant qu'il appartient à celui qui entend une cause de la trancher. Il était impossible d'affirmer avec certitude que la réunion plénière de la Commission n'avait pas influencé la décision du banc de trois commissaires à cause de l'absence de preuve au sujet de ce qui s'était passé à la réunion. La cour a donc annulé la décision de la Commission. Le juge Osler, quant à lui, a estimé que la common law n'interdit nullement à celui qui doit rendre une décision de consulter des collègues pour autant que ceux qui n'ont pas entendu la preuve et les plaidoi-

opportunity to respond to new ideas or evidence, this case provided no evidence that the full board meeting had yielded any such ideas or evidence.

Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513

The decision of the Divisional Court was reversed on appeal to the Court of Appeal. Cory J.A., as he then was, in the Court of Appeal, concluded that pursuant to s. 102(13) of the *Labour Relations Act* the Labour Relations Board had exclusive jurisdiction to determine its own practice and procedure subject only to the obligation to give a full opportunity to the parties to the proceedings to present evidence and make submissions. He further concluded that there was no denial of natural justice in this case and that the meeting was an exercise of common sense whereby the significance and effect of a decision was discussed with other experts in the field. He emphasized, however, that the full board procedure was limited in that the parties must be recalled if new evidence is considered in the full Board's discussion, and that while the panel can receive advice from the full Board there can be no participation by the other Board members in the decision.

Issues

The issue in this appeal is whether the following rules of natural justice have been violated:

- (a) he who decides must hear;
- (b) the right to know the case to be met.

The Effect of the Full Board Procedure

The first step in deciding whether the rules of natural justice have been breached is to assess what role, if any, the full board procedure played in the decision-making process. The appellant submits that the outcome of its case may have been influenced by a formalized meeting of the full Board. The respondent Union counters by submit-

ries ne prennent pas part à la décision. Quoique les parties doivent avoir la possibilité de répliquer aux énoncés ou aux éléments de preuve nouveaux, rien n'indique en l'espèce que la réunion plénière de la Commission a donné lieu à de tels énoncés ou éléments de preuve.

La Cour d'appel (1986), 56 O.R. (2d) 513

La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire. Le juge Cory (alors juge de la Cour d'appel) a conclu qu'en vertu du par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail*, la Commission des relations de travail avait compétence exclusive pour déterminer sa propre pratique et procédure sous réserve seulement de l'obligation d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. Il a conclu de plus qu'il n'y avait pas eu déni de justice naturelle en l'espèce et que la réunion était conforme au bon sens en ce qu'elle permettait à des experts d'un domaine de se consulter sur l'importance et la portée d'une décision. Il a cependant souligné que la procédure de réunion plénière de la Commission était limitée étant donné qu'il fallait réentendre les parties si les délibérations de la Commission au complet portaient sur de nouveaux éléments de preuve. Il a aussi souligné que si le banc pouvait obtenir l'avis de la Commission au complet, les autres membres de la Commission ne pouvaient participer à la décision.

Les questions en litige

Il s'agit de déterminer en l'espèce s'il y a eu violation des règles suivantes de justice naturelle:

- a) celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue;
- b) le droit de connaître la preuve invoquée contre soi.

Les conséquences de la procédure de réunion plénière de la Commission

Pour déterminer s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, il faut commencer par évaluer le rôle qu'a pu jouer la procédure de réunion plénière de la Commission dans le processus décisionnel. L'appelante soutient que la réunion plénière officielle de la Commission a pu influencer sur l'issue de son affaire. Le syndicat intimé réplique

ting that the appellant must establish a breach of the rules of natural justice but can point to no new evidence or arguments in the decision of the Board that were obtained as a result of the full board procedure. The purport of the Board's reasons on the application for reconsideration is that the ultimate decision was left to the panel and therefore presumably that the discussion of policy implications did not influence the final decision.

In the Board's reasons on reconsideration, it is stated at p. 2002 that the object of the full Board hearings is as follows:

These "Full Board" meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province.

The Board further states, at pp. 2002-3, that:

9. "Full Board" meetings are as important to fashioning informed and practical decisions which will withstand the scrutiny of subsequent panels as is the research and reflection undertaken by the vice-chairmen in preparing their draft decisions . . . The "Full Board" meeting merely institutionalizes these discussions and better emphasizes the broad ranging policy implications of individual decisions.

The learned authors of Sack and Mitchell, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, at p. 7, summarized the practice in the following terms:

When such a matter is referred in this way, the full Board does not consider the evidence or the facts of the case, but individual members may express their views on questions of law or policy. No vote is taken. The panel which heard the case then confers in private session and reaches a decision. In this way, some uniformity in Board decisions on matters of policy and procedure has been achieved in spite of the fact that differently constituted panels sit every day.

que l'appelante doit faire la preuve d'une violation des règles de justice naturelle, mais qu'elle ne peut signaler, dans la décision de la Commission, la présence d'aucun nouvel élément de preuve ni d'aucun nouvel argument qui soit apparu en raison de la procédure de réunion plénière de la Commission. Les motifs rendus par la Commission au sujet de la demande de réexamen tendent à montrer que la décision ultime a été laissée au banc et qu'il faut donc présumer que le débat sur les conséquences de la politique n'a pas influé sur la décision finale.

Dans les motifs donnés par la Commission relativement à la demande de réexamen, on affirme, à la p. 2002, que les réunions plénières de la Commission visent les objets suivants:

[TRADUCTION] Ces réunions plénières de la Commission ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l'ensemble des commissaires l'évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l'économie de la province.

La Commission ajoute, aux pp. 2002 et 2003:

[TRADUCTION] 9. Les réunions plénières de la Commission sont tout aussi importantes pour concevoir des décisions éclairées et pratiques qui résisteront à l'examen de bancs saisis ultérieurement que le sont les recherches et la réflexion des vice-présidents quand ceux-ci préparent leurs avant-projets de décision. [. . .] La réunion plénière de la Commission ne fait qu'institutionnaliser ces débats et souligne mieux la portée considérable des conséquences de décisions particulières en matière de politique.

Sack et Mitchell, les auteurs de l'ouvrage intitulé *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, décrivent brièvement cette pratique, à la p. 7:

[TRADUCTION] Quand une question lui est ainsi soumise, la Commission au complet ne s'arrête pas aux faits de l'espèce ou à la preuve soumise, mais un commissaire peut exprimer son avis sur des questions de droit ou de politique. Il n'y a pas de vote. Le banc qui a entendu l'affaire délibère ensuite privément et arrête sa décision. De cette manière, il est possible d'arriver à une certaine uniformité dans les décisions de la Commission sur des questions de politique et de procédure même si la composition des bancs change tous les jours.

The issue before the Board was whether unsolicited disclosure of a proposed plant closing which was alleged to be at least under serious consideration was an aspect of the duty to bargain in good faith. In this regard the Board was being asked by the respondent Union to extend its decision in *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, or at least to give it a broad interpretation. That case had decided that, as part of the employer's obligation to negotiate in good faith, an employer had a duty to disclose a *de facto* decision to close a plant. Resolution of this issue required the panel to choose between competing policies. The important role of policy is depicted in the following passages in the Board's original reasons at pp. 1430-31, 1436 and 1443:

In cases of this kind there are, of course, significant conflicting values at stake. There is the desirability of stability in collective bargaining relationships as evidenced by the statutory policy requiring a collective agreement for a minimum term of one year and the twin statutory requirements of "no strike and no lockout". All differences during the term of an agreement are to be funnelled through grievance arbitration. It is also widely understood that management must have the ability to take initiatives in responding to the new demands posed by changing circumstances. The market place seldom awaits labour and management consensus. On the other hand, unilateral management initiatives can adversely affect significant interests of employees and unions who, in the absence of change, may have built up certain expectations and attitudes concerning the status quo.

The Board must also be sensitive to the statutory purpose of the bargaining duty, the language describing that duty, and the industrial relations implications of one approach over another.

What policy justification then supports greater unsolicited disclosure and merits the Board's intervention in the face of these potential difficulties?

La Commission devait décider si l'obligation de négocier de bonne foi exigeait la divulgation spontanée d'un projet de fermer une usine qui, selon les allégations, était tout au moins sérieusement à l'étude. À cet égard, le syndicat intimé demandait à la Commission d'appliquer à l'espèce la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, ou, tout au moins, de lui donner une interprétation libérale. Dans cette affaire, la Commission avait statué qu'en vertu de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi, l'employeur est tenu de divulguer la décision *de facto* de fermer une usine. La solution de cette question exigeait du banc saisi qu'il choisisse entre deux politiques opposées. Les motifs de la décision initiale de la Commission font état de l'importance du rôle des politiques dans les passages suivants aux pp. 1430, 1431, 1436 et 1443:

[TRADUCTION] Les affaires de ce genre font intervenir des valeurs opposées importantes. Il y a, d'une part, l'avantage de la stabilité dans les relations de négociation collective que favorisent la règle de droit prescrivant que la convention collective ait une durée minimale d'une année et la double règle qui interdit le recours à la grève et au lock-out. Tous les différends qui surviennent pendant la durée d'une convention collective doivent être résolus par l'arbitrage des griefs. Il est aussi généralement reconnu que la direction doit avoir la possibilité de prendre les mesures que les changements du marché exigent. Les conditions économiques attendent rarement l'unanimité de la direction et des syndicats pour évoluer. D'autre part, les actions unilatérales de la direction peuvent nuire à des droits importants des travailleurs et des syndicats chez qui, faute de changement, il peut s'être développé certaines attentes et attitudes à l'égard du *statu quo*.

La Commission doit aussi tenir compte de l'objet de l'obligation de négocier, de la formulation de cette obligation et des conséquences du choix d'une orientation par rapport à une autre sur les relations industrielles.

Quelles sont les raisons de principe qui justifieraient une divulgation spontanée plus étendue et qui motiveraient l'intervention de la Commission face à la possibilité de telles difficultés?

In the result the Board chose to broaden the application of *Westinghouse* by extending the meaning of a *de facto* decision to the facts of this case. At paragraph 53, p. 1447 of its decision, it stated:

53. In any event, we find that the matter of the impending closing was so concrete and highly probable in early January and dealt with by the board of directors in such a perfunctory manner (in that there was no documentation or apparent consideration of alternatives), the company had a minimum obligation to say that unless a certain percentage of the new business was retained or unless there was a dramatic turn in the operation a recommendation to close would be made within the next few weeks. Having regard to the Christmas letter to employees; the productive second half of 1982; and to the then state of dialogue between local labour and management on the future of the plant, the company's silence at the bargaining table was tantamount to a misrepresentation within the meaning of the *de facto* decision doctrine established in *Westinghouse*.

The following passage, at p. 2004, from the Board's reasons on reconsideration summarizes the participation of the full Board in the application of policy:

Unsolicited disclosure in collective bargaining—the issue involved in the case—is an area of great significance to effective and harmonious collective bargaining in this Province and it is fair to say that many of the labour and management Board members in attendance at the meeting gave their reaction to the principles and their application as set out in the draft decision. No vote, however, was held and no other mechanism for measuring consensus was employed.

Given the number of Board members present and the fact that included were an alternate Chairman, Vice-chairmen and solicitors, the views expressed were potentially very influential.

In view of the above I adopt the following from the reasons of the majority of the Divisional Court, at pp. 491-92, as a correct statement as to the effect of the full board meeting:

En définitive, la Commission a choisi d'élargir la portée de la décision *Westinghouse* en appliquant le sens de l'expression «décision *de facto*» aux faits de l'espèce. Au paragraphe 53 de sa décision, la Commission dit, à la p. 1447:

[TRADUCTION] 53. De toute façon, nous concluons que la fermeture prochaine était si réelle et probable au début de janvier et que le conseil de direction l'a traitée de manière si superficielle (parce qu'il n'y a eu ni documentation, ni apparemment aucune étude de autres solutions possibles), que la société avait au moins l'obligation de dire qu'à défaut de réaliser une augmentation réelle du chiffre d'affaires ou de connaître un revirement spectaculaire dans l'exploitation de l'entreprise, la société recommanderait la fermeture dans les semaines suivantes. Compte tenu de la lettre envoyée aux employés à l'occasion de Noël, d'un bon deuxième semestre en 1982 et de l'état des pourparlers engagés entre le syndicat local et la direction sur l'avenir de l'usine, le silence de la société à la table des négociations équivalait à une déclaration mensongère au sens de la théorie de la décision *de facto* énoncée dans l'affaire *Westinghouse*.

L'extrait suivant des motifs rendus par la Commission relativement à la demande de réexamen résume la participation de la Commission au complet à l'application d'une politique (à la p. 2004):

[TRADUCTION] La divulgation spontanée à l'occasion de négociations collectives, l'objet du litige en l'espèce, a une grande importance pour ce qui est d'assurer l'efficacité et l'harmonie des négociations collectives dans la province. Aussi, il est juste de dire que de nombreux commissaires représentant les employés ou les employeurs présents à la réunion ont exprimé leur avis sur les principes énoncés dans l'avant-projet de décision et sur leur application. Cependant, il n'y a pas eu de vote, ni de recours à quelque autre moyen de vérifier s'il y avait consensus.

En raison du nombre de commissaires présents et parce que, parmi les personnes présentes, il y avait un président suppléant, des vice-présidents et des avocats, les avis qui y ont été exprimés étaient susceptibles d'avoir une très grande influence sur la décision.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que l'extrait suivant des motifs des juges formant la majorité de la Cour divisionnaire énonce correctement, aux pp. 491 et 492, les répercussions de la réunion plénière de la Commission:

Chairman Shaw [*sic*] states in his reasons that the final decision was made by the three members who heard evidence and argument. He cannot be heard to state that he and his fellow members were not influenced by the discussion at the full board meeting. The format of the full board meeting made it clear that it was important to have input from other members of the board who had not heard the evidence or argument before the final decision was made. The tabling of the draft decision to all of the members of the board plus all of the support staff involved a substantial risk that opinions would be advanced by others and arguments presented. It is probable that some of the people involved in the meeting would express points of view. The full board meeting was only called when important questions of policy were being considered. Surely, the discussion would involve policy reasons why s. 15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence. The parties to the dispute would have no way of knowing what was being said in these discussions and no opportunity to respond.

I would conclude from the foregoing that the full board meeting might very well have affected the outcome. The Board in its reasons on reconsideration does not directly seek to refute this inference. It does affirm that the final decision was that of the panel. There are two difficulties which confront the Board in seeking to negate the inference. First, I find it difficult to understand how the full board practice can achieve its purpose of bringing about uniformity without affecting the decision of individual panels. Uniformity can only be achieved if some decisions are brought into line with others by the uniform application of policy. The second difficulty is that in matters affecting the integrity of the decision-making process, it is sufficient if there is an appearance of injustice. The tribunal will not be heard to deny what appears as a plausible objective conclusion. The principle was expressed by Mackay J. in *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (Ont. C.A.) Mackay J. wrote, at p. 382:

[TRANSDUCTION] Le président Shaw [*sic*] affirme dans ses motifs que la décision définitive a été arrêtée par les trois commissaires qui avaient entendu la preuve et les plaidoiries. Il ne peut valablement affirmer que lui-même et ses collègues membres du tribunal n'ont pas été influencés par le débat survenu lors de la réunion plénière de la Commission. La façon dont s'est déroulée la réunion plénière de la Commission laisse voir qu'il était important d'avoir l'avis des autres commissaires qui n'avaient entendu ni la preuve ni les plaidoiries avant de prendre une décision finale. La présentation de l'avant-projet de décision à tous les commissaires et à tout le personnel de soutien comportait un risque sérieux que d'autres personnes soumettent leur avis et fassent valoir des arguments. Il est probable que certaines des personnes présentes à la réunion ont exprimé leur avis. Il n'y avait convocation d'une réunion plénière de la Commission que s'il y avait des questions de politique importantes à débattre. La discussion a certainement porté sur les raisons de principe de donner à l'art. 15 une interprétation libérale ou une interprétation restreinte. Les commissaires ou le personnel de soutien ont pu faire part d'informations tirées de leur expérience pratique, ce qui pourrait équivaloir à présenter des éléments de preuve. Les parties au litige n'avaient aucun moyen de savoir ce qui se disait dans ce débat, ni aucune possibilité de répliquer.

Je conclus de ce qui précède que la réunion plénière de la Commission a fort bien pu influencer sur l'issue de l'affaire. Dans les motifs qu'elle a rendus au sujet de la demande de réexamen, la Commission ne tente pas directement de réfuter cette conclusion. Elle assure cependant que la décision finale est bel et bien celle du banc saisi. La Commission rencontre deux difficultés lorsqu'elle cherche à réfuter cette conclusion. Premièrement, il m'est difficile de comprendre comment la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières peut permettre d'atteindre son objectif de réaliser l'uniformité sans influencer la décision des bancs particuliers. L'uniformité ne peut se réaliser que si on fait concorder certaines décisions par l'application constante d'une politique. La deuxième difficulté découle de ce qu'en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice. On ne peut accepter que le tribunal nie ce qui paraît être une conclusion objective plausible. Ce principe a été formulé par le juge Mackay dans l'arrêt *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (C.A. Ont.), où il dit, à la p. 382:

With respect to the difference in the constitution of members of the Public Accountants Council on the first and second hearings, it may very well be that the two members of the Public Accountants Council who were not present at the earlier hearing, abstained from argument on the issues which fell for determination. It appears, however, that they did vote inasmuch as the decision to revoke the licence of the appellant Ramm was unanimous. It is well established that it is not merely of some importance but of fundamental importance, that "justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". In a word, it is not irrelevant to inquire whether two members of the Council who were not present at the earlier meeting took part in the proceeding in the Council's deliberation on the subsequent hearing. What is objectionable is their presence during the consultation when they were in a position which made it impossible for them to discuss in a judicial way, the evidence that had been given on oath days before and in their absence and on which a finding must be based. [Emphasis added.]

In *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at p. 350, Cartwright J. cited with approval the following passage from the judgment of Lord Eldon L.C. in *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943, at pp. 72 and 944:

... but the arbitrator swears, it (hearing further persons) had no effect upon his award. I believe him. He is a most respectable man. But I cannot from respect for any man do that, which I cannot reconcile to general principles. A Judge must not take upon himself to say, whether evidence improperly admitted had or had not an effect upon his mind. The award may have done perfect justice, but upon general principles it cannot be supported.

This statement had been approved previously by this Court in *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3. Cartwright J. was also impressed by the statement of Romer J. in *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, at p. 717:

Further, I would merely like to point this out: that at that meeting of May 16 there were present three justices who had never heard the evidence that had been given on oath on April 25. There was a division of opinion. The resolution in favour of confirmation was carried by eight to two, and it is at least possible that that majority was induced to vote in the way it did by the eloquence of

[TRADUCTION] Quand à la différence dans la composition du Public Accountants Council lors des première et seconde auditions, il se peut fort bien que les deux membres du Public Accountants Council absents lors de la première audition se soient abstenus de débattre des questions à décider. Il appert cependant qu'ils ont voté puisque la décision de révoquer la licence de l'appellant Ramm était unanime. Il est reconnu qu'il est non seulement important, mais essentiel que «non seulement justice soit rendue, mais qu'il y ait aussi apparence manifeste que justice est rendue». En un mot, il ne s'agit pas de se demander si deux membres du Conseil absents lors de la première audition ont participé aux délibérations du Conseil lors de l'audition subséquente. Ce qui est critiquable, c'est leur présence pendant la période de consultation, situation qui ne leur permettait pas d'examiner, d'une manière judiciaire, la preuve présentée sous serment plusieurs jours auparavant, en leur absence, sur laquelle une décision devait être fondée. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la p. 350, le juge Cartwright cite, en l'approuvant, le passage suivant des motifs du lord chancelier Eldon dans l'arrêt *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943, aux pp. 72 et 944 respectivement:

[TRADUCTION] ... mais l'arbitre jure que cela (le fait d'avoir entendu d'autres personnes) n'a pas influencé sa décision. Je le crois. C'est un homme très respectable. Je ne puis cependant, par déférence pour qui que ce soit, faire ce qui m'apparaît contraire aux principes généraux. Un juge ne peut prendre sur lui de dire si un élément de preuve irrégulièrement admis a influencé sa décision. La décision peut avoir rendu justice parfaitement, mais elle ne saurait être justifiée selon les principes généraux.

Notre Cour a déjà approuvé cette affirmation dans l'arrêt *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3. Le juge Cartwright a lui aussi été impressionné par l'énoncé du juge Romer dans l'arrêt *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, à la p. 717:

[TRADUCTION] De plus, j'aimerais simplement souligner ceci: à cette réunion du 16 mai, il y avait trois juges qui n'avaient pas entendu la preuve présentée sous serment le 25 avril. Il y a eu partage d'opinions. La résolution en faveur de confirmer a été adoptée à huit voix contre deux et il est à tout le moins possible que la majorité ait été amenée à se prononcer comme elle l'a fait en raison

those members who had not been present on April 25, to whom the facts were entirely unknown.

I turn next to consider whether a discussion of policy matters at the full board meeting which may have affected the outcome constituted a breach of the rules of natural justice.

The Principles of Natural Justice

Section 102(13) of the Act provides that the Board shall give full opportunity to the parties to present their evidence and make their submissions. The Board is empowered to determine its own practice and procedure but rules governing its practice and procedure are subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council. While not every practice of the Board would necessarily be subject to the approval of the Lieutenant Governor, the full board practice is one which might require such approval. No such approval has been given and indeed the practice does not appear to have been adopted formally as a rule of the Board. In view of the fact, however, that this point was not argued I do not propose to deal with it further.

The full board hearing in this case is said to violate the principles of natural justice in two respects: first, that members of the Board who did not preside at the hearing participated in the decision; and second, that the case is decided at least in part on the basis of materials which were not disclosed at the hearing and in respect of which there was no opportunity to make submissions.

Although these are distinct principles of natural justice, they have evolved out of the same concern: a party to an administrative proceeding entitled to a hearing is entitled to a meaningful hearing in the sense that the party must be given an opportunity to deal with the material that will influence the tribunal in coming to its decision, and to deal with it in the presence of those who make the decision. As stated by Crane in his case comment on the *Consolidated-Bathurst* decision (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215, at p. 217: "The two rules have the

de l'éloquence des membres qui avaient été absents le 25 avril et qui ignoraient absolument tout des faits.

Je vais maintenant examiner si le débat qui a été tenu sur des questions de politique lors de la réunion plénière de la Commission et qui a pu influencer sur l'issue de l'affaire a constitué une violation des règles de justice naturelle.

Les principes de justice naturelle

Le paragraphe 102(13) de la Loi prévoit que la Commission doit accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. La Commission a le pouvoir d'établir sa propre pratique et procédure, mais les règles qui régissent cette pratique et cette procédure sont soumises à l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Bien que ce ne soient pas toutes les pratiques de la Commission qui doivent être ainsi approuvées, la pratique des réunions plénières de la Commission en est une qui pourrait nécessiter cette approbation. Aucune approbation de cette nature n'a été donnée et la pratique ne paraît pas avoir été adoptée officiellement à titre de règle de la Commission. Mais puisque ce point n'a pas été débattu, je n'ai pas l'intention de m'y arrêter.

On a soutenu que la réunion plénière de la Commission en l'espèce viole les principes de justice naturelle de deux manières: premièrement, parce que des commissaires qui ne faisaient pas partie du banc qui a entendu l'affaire ont participé à la décision et, deuxièmement, parce que la décision a été, au moins en partie, prise en fonction d'éléments qui n'ont pas été divulgués à l'audition et à l'égard desquels il n'y a pas eu de possibilité de présenter des arguments.

Bien qu'il s'agisse de principes de justice naturelle distincts, ceux-ci découlent du même souci: faire en sorte qu'une partie à une procédure administrative qui a droit à une audition bénéficie d'une véritable audition, en ce sens qu'elle doit avoir la possibilité de répondre à tous les éléments qui influenceront sur la décision du tribunal et d'y répondre en présence de ceux qui prennent cette décision. Crane le formule ainsi dans son commentaire sur la décision *Consolidated-Bathurst* (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215, à la p. 217: [TRADUCTION] «Les

same purpose: to preserve the integrity and fairness of the process." In the first case the party has had no opportunity to persuade some of the members at all, while in the second the party has not been afforded an opportunity to persuade the tribunal as to the impact of material obtained outside the hearing.

The concern for justice is aptly put by the pithy statement in the McRuer Report criticizing the full board procedure. At pages 2005-6, the former Chief Justice of the High Court of Ontario states:

To take a matter before the full Board for a discussion and obtain the views of others who have not participated in the hearing and without the parties affected having an opportunity to present their views is a violation of the principle that he who decides must hear.

Notwithstanding that the ultimate decision is made by those who were present at the hearing, where a division of the Board considers that a matter should be discussed before the full Board or a larger division, the parties should be notified and given an opportunity to be heard.

Although I am satisfied that, at least formally, the decision here was made by the three-member panel, that does not determine the matter. The question, rather, is whether the introduction of policy considerations in the decision-making process by members of the Board who were not present at the hearing and their application by members who were present but who heard no submissions from the parties in respect thereto, violates the rationale underlying the above principles.

In answering this question, it is necessary to consider the role of policy in the decision-making processes of administrative tribunals. There is no question that the Labour Board is entitled to consider policy in arriving at its decisions. See Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36:

deux règles ont le même objet, celui de préserver l'intégrité et l'équité du processus». Dans le premier cas, la partie n'a pas du tout eu la possibilité de convaincre certains des commissaires alors que, dans le second cas, la partie n'a pas eu la possibilité de convaincre le tribunal quant à l'incidence des éléments obtenus en dehors de l'audition.

L'énoncé lapidaire du rapport McRuer qui critique que la procédure de réunion plénière de la Commission formule bien ce souci de justice. Aux pages 2005 et 2006, l'ancien juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario dit ceci:

[TRADUCTION] Le fait de porter une affaire à la connaissance de toute la Commission pour en débattre et obtenir l'avis de personnes qui n'ont pas participé à l'audition sans que les parties touchées aient la possibilité d'exprimer leur avis constitue une violation du principe selon lequel celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue.

Malgré que la décision ultime soit prise par ceux qui ont assisté à l'audition, quand une section de la Commission juge nécessaire qu'une affaire soit débattue devant l'ensemble de la Commission ou une section plus grande, il faudrait en prévenir les parties et leur donner la possibilité d'être entendues.

Quoique je sois convaincu qu'officiellement, à tout le moins, c'est le banc de trois commissaires qui a pris la décision, cette conclusion ne clôt pas le débat. La question en litige est plutôt de savoir si l'introduction de considérations de politique dans le processus décisionnel par des commissaires qui n'ont pas assisté à l'audition et leur application par des commissaires qui étaient présents mais qui n'ont pas entendu de plaidoiries des parties au sujet de ces considérations est contraire à la raison d'être des principes susmentionnés.

Pour répondre à cette question, il faut examiner le rôle des politiques dans le processus décisionnel des tribunaux administratifs. Il n'y a pas de doute que la Commission des relations de travail peut tenir compte de politiques pour rendre ses décisions. Voir le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The Board, then, is obliged by statute to hold a hearing and to give the parties a full opportunity to present evidence and submissions. It is also entitled to apply policy. At a time when the content of the rules of natural justice was determined by classifying tribunals as quasi-judicial or administrative, the Board would have been classified as exercising hybrid functions. A tribunal exercising hybrid functions did so in two stages. As a quasi-judicial tribunal it was required to comply with the rules of natural justice. In making its decision, however, it assumed its administrative phase and could overrule the conclusion which was indicated at the hearing by the application of administrative policy. Examples of this type of tribunal and the jurisprudence relating to its functions can be found in cases such as *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395, and *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439 (Ont. C.A.) In this state of the law there was no obligation on a tribunal during its administrative phase to comply with the rules of natural justice and hence to disclose policy which was being applied. Although tribunals exercising so-called administrative functions were subject to a general duty of fairness, disclosure of the policy to be applied by the tribunal was generally not a requirement. In the case of hybrid tribunals, therefore, such non-disclosure at the quasi-judicial stage would not have been considered a breach of the rules of natural justice. In this respect policy was treated on the same footing as the law. Both law and policy might be dealt with at the hearing but the tribunal was entitled to supplement it by its own researches without disclosure to the parties.

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

La Loi oblige donc la Commission à tenir une audition et à donner aux parties toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des arguments. Elle a aussi le pouvoir d'appliquer des politiques. À l'époque où la classification des tribunaux en tribunaux quasi judiciaires ou administratifs déterminait le contenu des règles de justice naturelle, la Commission aurait été classée dans la catégorie des tribunaux qui exerçaient des fonctions hybrides. Un tribunal qui exerçait des fonctions hybrides le faisait en deux étapes. À titre de tribunal quasi judiciaire, il était tenu de se conformer aux règles de justice naturelle. Au moment de rendre sa décision, il entrait dans la phase administrative de ses fonctions et pouvait, par l'application d'une politique administrative, écarter la conclusion indiquée à l'audience. On trouve des exemples de ce type de tribunal et de la jurisprudence qui traite de ses fonctions dans les arrêts *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395, et *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439 (C.A. Ont.) Selon cet état du droit, un tribunal n'était pas tenu, dans la phase administrative de ses fonctions, d'observer les règles de justice naturelle et par conséquent de divulguer la politique qu'il appliquait. Bien que les tribunaux qui remplissaient ces fonctions dites administratives étaient assujettis à une obligation générale d'agir avec équité, ils n'étaient pas tenus, en règle générale, de divulguer la politique qu'ils allaient appliquer. Par conséquent, dans le cas des tribunaux hybrides, la non-divulgaration de cette politique pendant la phase quasi judiciaire n'aurait pas été considérée contraire aux règles de justice naturelle. À cet égard, les politiques étaient placées sur le même pied que le droit. Il était possible de traiter les politiques et le droit à l'audition, mais le tribunal pouvait la compléter par ses propres recherches sans en informer les parties.

This view of the role of policy must be reappraised in light of the evolution of the law relating to the classification of tribunals and the application to them of the rules of natural justice and fairness. The content of these rules is no longer dictated by classification as judicial, quasi-judicial or executive, but by reference to the circumstances of the case, the governing statutory provisions and the nature of the matters to be determined. See *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, and *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879.

It is no longer appropriate, therefore, to conclude that failure to disclose policy to be applied by a tribunal is not a denial of natural justice without examining all the circumstances under which the tribunal operates.

The proceedings which are the subject of this appeal involve the exercise of extraordinary powers by the Board. In this case the Board was asked to order reopening of the Hamilton plant although it had operated at a loss. Although the Board declined to make that order, it apparently considered that it had jurisdiction to do so. In lieu thereof the employer was ordered to pay damages. These are civil consequences that affect the rights of employers to a greater degree than many civil actions in the courts in which a litigant enjoys the whole panoply of protection afforded by the rules of practice, procedure and the rules of evidence. The Act, here, provides for a full opportunity to the parties to present evidence and to make submissions. Is this opportunity denied when the tribunal considers and applies policy without giving the parties an opportunity to deal with it at the hearing? Is it a breach of the standard of fairness which underlies the rules of natural justice?

The answers to these questions lie in the nature of policy and whether it is correct to treat it on the

Il y a lieu de réévaluer cette conception du rôle des politiques en fonction de l'évolution du droit relatif à la classification des tribunaux et à l'application des règles de justice naturelle et d'équité à leur endroit. Le contenu de ces règles ne dépend plus de leur classification en règles judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, mais il est déterminé par les circonstances de l'affaire, les dispositions législatives applicables et la nature des litiges à décider. Voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879.

Il ne convient donc plus de conclure que l'omission de divulguer les politiques que le tribunal va appliquer ne constitue pas un déni de justice naturelle sans examiner toutes les circonstances dans lesquelles le tribunal fonctionne.

Les procédures visées par le présent pourvoi portent sur l'exercice de pouvoirs exceptionnels de la part de la Commission. En l'espèce, on demandait à la Commission d'ordonner la réouverture de l'usine de Hamilton, même si son exploitation avait été déficitaire. Même si la Commission a refusé de rendre cette ordonnance, elle semble avoir estimé qu'elle avait compétence pour la rendre. L'employeur a plutôt été condamné à payer des dommages-intérêts. Ce sont là des conséquences civiles qui touchent plus les droits des employeurs que ne le font de nombreuses actions civiles devant des tribunaux où le justiciable bénéficie de toute la protection offerte par les diverses règles de pratique, de procédure et de preuve. En l'espèce, la Loi prescrit d'accorder toute possibilité aux parties de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. Cette possibilité est-elle refusée quand le tribunal examine et applique une politique sans donner aux parties la possibilité d'en traiter à l'audition? Est-ce là une violation de la norme d'équité qui sous-tend les règles de justice naturelle?

La réponse à ces questions dépend de la nature des politiques et de ce qu'il est ou non correct de

same footing as the law. In *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145, this Court was called upon to deal with the question whether a party to a proceeding before the Ontario Municipal Board was entitled to challenge policy by leading evidence and by cross-examination—the traditional methods for contesting fact. The Court of Appeal of Ontario had held that government policy introduced at the hearing was not binding but could be met by other evidence. Cross-examination was, however, denied. In this Court, the right to challenge policy by evidence was affirmed. In addition, the appellants were accorded the right to cross-examine and the Court of Appeal was reversed in this respect. Estey J., who delivered the judgment of the Court, stated, at p. 167:

On the other hand, where the rights of the citizen are involved and the statute affords him the right to a full hearing, including a hearing of his demonstration of his rights, one would expect to find the clearest statutory curtailment of the citizen's right to meet the case made against him by cross-examination.

If a party has the right to attack policy in the same fashion as fact, it follows that to deprive the party of that right is a denial of a full opportunity to present evidence and is unfair. Policy in this respect is not like the law which cannot be the subject of evidence or cross-examination. Policy often has a factual component which the law does not. Furthermore, under our system of justice it is crucial that the law be correctly applied. The court or tribunal is not bound to rely solely on the law as presented by the parties. Accordingly, a tribunal can rely on its own research and if that differs from what has been presented at the hearing, it is bound to apply the law as found. Ordinarily there is no obligation to disclose to the parties the fruits of the tribunal's research as to the law, although it is a salutary practice to obtain their views in respect of an authority which has come to the tribunal's attention and which may have an important influence on the case. For an example of the application of this practice in this Court, see *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p.

les mettre sur le même pied que le droit. Dans l'arrêt *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, notre Cour devait décider si une partie à une procédure tenue devant la Commission municipale de l'Ontario avait le droit de contester une politique en présentant des éléments de preuve et en procédant à des contre-interrogatoires, qui sont les méthodes traditionnelles de contester les faits. La Cour d'appel de l'Ontario avait statué que la politique du gouvernement présentée à l'audition n'avait pas force obligatoire, mais qu'elle était susceptible de contestation sous forme de preuve contradictoire. On a cependant refusé le droit de contre-interroger. Notre Cour a confirmé le droit de contester une politique au moyen d'une preuve. De plus, l'appelante s'est vu accorder le droit de contre-interroger, ce qui infirmait la décision de la Cour d'appel à cet égard. Le juge Estey, qui a rendu l'arrêt de la Cour, dit ceci, à la p. 167:

D'autre part, quand les droits d'une personne sont en jeu et que la loi lui accorde le droit à une audition complète, dont celle de la démonstration de ses droits, on s'attendrait à trouver dans la loi la négation catégorique du droit de cette personne de réfuter, par contre-interrogatoire, la preuve apportée contre elle.

Si une partie a le droit de contester une politique de la même manière qu'elle peut contester un fait, il s'ensuit que priver une partie de ce droit constitue un refus d'accorder à cette partie toute possibilité de présenter sa preuve et est injuste. Sous ce rapport, une politique diffère du droit qui ne peut faire l'objet d'une preuve ou d'un contre-interrogatoire. Une politique a souvent une composante factuelle que le droit n'a pas. De plus, selon notre système de justice, il est essentiel que le droit soit correctement appliqué. Un tribunal judiciaire ou administratif n'est pas astreint à s'en remettre aux seules règles de droit que les parties lui ont soumis. En conséquence, un tribunal administratif peut se fonder sur ses propres recherches et, en cas de divergence avec ce qui a été soumis à l'audition, il est tenu d'appliquer le droit déterminé par le résultat de ses recherches. Ordinairement, il n'y a pas d'obligation de révéler aux parties le fruit des recherches du tribunal quant au droit, bien qu'il soit recommandable d'obtenir leur avis quant à un précédent qui est porté à l'attention du tribunal et

36. We do not have the same attitude to policy. There is not necessarily one policy that is the right policy. Often there are competing policies, selection of the better policy being dependent on being subjected to the type of scrutiny which was ordered in *Innisfil*, *supra*.

Ample support can be found in the cases and writings for the proposition that generally policy is to be treated more like fact than law. In *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, Laskin C.J., in holding that the Commission was entitled to rely on policy, stated at p. 171:

... it was eminently proper that it lay down guidelines from time to time as it did in respect of cable television. The guidelines on this matter were arrived at after extensive hearings at which interested parties were present and made submissions. An overall policy is demanded in the interests of prospective licensees and of the public under such a regulatory regime as is set up by the *Broadcasting Act*. Although one could mature as a result of a succession of applications, there is merit in having it known in advance.

In *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 223, the learned author states:

... an opportunity to be heard, both on the application and the merits of the policy, may be required in order to prevent a fettering of discretion.

In support, the learned author cites *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334, at p. 1345, *per* Megaw L.J.:

As to the question of the board's minutes, I think that justice and paragraph 22 of the Scheme alike require that if the board in any particular case are minded to be guided by any principle laid down in any pre-existing minute of the board, the applicant must be informed of the existence and terms of that minute, so that he can, if he wishes, make his submissions with regard thereto: that is, submissions on the questions whether the principle is right or wrong in relation to the terms of the

qui peut avoir une influence considérable sur sa décision. Pour un exemple de l'application de cette pratique en notre Cour, on peut consulter l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 36. Nous n'avons pas la même attitude envers les politiques. Il n'y a pas nécessairement une politique qui soit la bonne à suivre. Il arrive souvent que les politiques s'opposent et que le choix de la meilleure dépende d'un examen comme celui ordonné dans l'arrêt *Innisfil*, précité.

La jurisprudence et la doctrine appuient abondamment la proposition qu'en général il y a lieu de traiter une politique davantage comme un fait que comme du droit. Dans l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, le juge en chef Laskin, statuant que la Commission avait le droit de se fonder sur une politique, dit à la p. 171:

... il était tout à fait approprié d'énoncer des principes directeurs comme le Conseil l'a fait à l'égard de la télévision par câble. Les principes en cause ont été établis après de longues auditions auxquelles les parties intéressées étaient présentes et ont pu faire des observations. Sous le régime de réglementation établi par la *Loi sur la radiodiffusion*, il est dans l'intérêt des titulaires éventuels de licences et du public d'avoir une politique d'ensemble. Même si une telle politique peut ressortir d'une succession de demandes, il est plus judicieux de la faire connaître à l'avance.

Dans son ouvrage intitulé *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), de Smith affirme, à la p. 223:

[TRADUCTION] ... la possibilité d'être entendu tant sur l'application que sur le bien-fondé d'une politique peut être nécessaire afin d'éviter une diminution de pouvoir discrétionnaire.

Pour étayer son avis, l'auteur cite les motifs du lord juge Megaw dans l'arrêt *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334, à la p. 1345:

[TRADUCTION] Quand aux procès-verbaux de la commission, je crois que la justice de même que le régime du paragraphe 22 exigent que si, dans un cas particulier, la commission veut s'inspirer de quelque principe formulé dans un procès-verbal préexistant, le requérant soit avisé de l'existence et des termes de ce procès-verbal, de sorte qu'il puisse, s'il le désire, présenter des arguments à son égard, c'est-à-dire des arguments relatifs aux questions de savoir si le principe est bon ou mauvais par rapport

Scheme and whether the principle, if right, is applicable or inapplicable to the facts of the particular case.

Another comment from de Smith is found in the section on the right to a hearing, at p. 182, note 92:

Whilst it would be going too far to assert that in all circumstances there is an implied right to be apprised of and to argue against policy proposals, there are some indications pointing in this direction: see for example, *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade* [1971] A.C. 610, 625, 631 (desirable that notice be given to applicants for industrial grants of any rule or policy generally followed by the Department, and an opportunity for the applicants to make representations on the soundness or applicability of the policy or rule: this would make applications more effective and prevent the Department from fettering its statutory discretion)

In Professor Garant's *Droit administratif* (2nd ed. 1985), he states, at pp. 792-93:

[TRANSLATION] It seems to be well established that a policy or guidelines previously adopted by a tribunal do not give rise to a reasonable apprehension of bias, if the tribunal respects the *audi alteram partem* rule, even if the decision to intervene is in accordance with the policy or guidelines.

See also Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), at p. 423, and Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 269.

In the discussion of "The Duty of Disclosure" Aronson and Franklin in *Review of Administrative Action* write, at p. 183:

The extent to which policy, expertise and independent inquiry are integral to the decision-making process will inevitably vary according to the subject matter for decision or investigation. But even in a trial-type hearing, the adjudicator is not bound exclusively by the parties' proofs and arguments, and will need to accommodate public and institutional interests. The more "polycentric", policy-oriented or technical a problem, the greater is the pressure on decision-makers to seek out solutions, to confer separately with interested persons, and to use their experience to find a settlement. The ability of administrators to inform themselves, and to apply their expertise and accumulated experience, and the expecta-

aux conditions du régime et si, à supposer qu'il soit bon, ce principe est applicable ou non aux faits de l'espèce.

On trouve cet autre commentaire de de Smith dans la section portant sur le droit à une audition, à la p. 182, note 92:

[TRANSLATION] Quoique ce serait aller trop loin que de soutenir qu'il existe, en toutes circonstances, un droit implicite d'être informé de toute proposition de politique et de la contester, il y a des indications en ce sens: voir, par exemple, *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610, aux pp. 625 et 631 (il est à souhaiter que les demandeurs de subventions industrielles soient informés de l'existence de toute règle ou politique généralement appliquée par le Ministère, et qu'ils aient la possibilité de présenter des arguments sur le bien-fondé ou l'applicabilité de la politique ou de la règle: cette pratique rendrait les demandes plus efficaces et empêcherait le Ministère de restreindre son pouvoir discrétionnaire)

Dans son ouvrage intitulé *Droit administratif* (2^e éd. 1985), le professeur Garant affirme, aux pp. 792 et 793:

La jurisprudence nous semble bien à l'effet qu'un énoncé de politique ou des directives prises préalablement par un tribunal ne donnent pas lieu à crainte raisonnable de préjugé, si le tribunal respecte la règle *audi alteram partem*, même si la décision à intervenir est conforme à l'énoncé de politique ou aux directives.

Voir également Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), à la p. 423, et Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), à la p. 269.

Au sujet de [TRANSLATION] «L'obligation de divulguer», Aronson et Franklin écrivent dans leur ouvrage intitulé *Review of Administrative Action*, à la p. 183:

[TRANSLATION] La mesure dans laquelle les politiques, l'expérience et la recherche personnelle font partie intégrante du processus décisionnel varie forcément selon le sujet de la décision ou de la recherche. Même dans une audition apparentée à un procès, le décideur n'est pas restreint à la preuve et aux arguments soumis par les parties, mais il doit tenir compte de l'intérêt du public et des institutions. Plus un problème est «polycentrique», technique ou axé sur une politique, plus le décideur sera poussé à chercher des solutions, à conférer séparément avec les personnes intéressées et à faire appel à leur expérience pour arriver à un règlement. La capacité des juges de tribunaux administratifs de se renseigner, de

tion that they will do so, makes the duty of disclosure sometimes difficult to define, and to observe. At the same time, however, it enhances the importance of the duty. Disclosure can act as an important safeguard against the use of inaccurate material or untested theories. It can also contribute to the efficiency of the hearing by directing argument and information to the relevant issues and materials. [Emphasis added.]

Wade, *Administrative Law* (4th ed. 1977) states, at p. 470:

Policy is of course the basis of administrative discretion in a great many cases, but this is no reason why the discretion should not be exercised fairly *vis-a-vis* any person who will be adversely affected. The decision will require the weighing of any such person's interests against the claims of policy; and this cannot fairly be done without giving that person an opportunity to be heard.

In my opinion, therefore, the full board hearing deprived the appellant of a full opportunity to present evidence and submissions and constituted a denial of natural justice. While it cannot be determined with certainty from the record that a policy developed at the full board hearing and not disclosed to the parties was a factor in the decision, it is fatal to the decision of the Board that this is what might very well have happened.

While achieving uniformity in the decisions of individual boards is a laudable purpose, it cannot be done at the expense of the rules of natural justice. If it is the desire of the legislature that this purpose be pursued it is free to authorize the full board procedure. It is worthy of note that Parliament has given first reading to Bill C-40, a revised *Broadcasting Act* which authorizes individual panels to consult with the Commission and officers of the Commission in order to achieve uniformity in the application of policy (s. 19(4)). Provision is made, however, for the timely issue of guidelines and statements with respect to matters within the jurisdiction of the Commission.

mettre à profit leurs compétences et expérience et les attentes qu'ils le feront, rend parfois difficile de définir et de respecter l'obligation de divulguer. Mais, en même temps, cette capacité accroît l'importance de cette obligation. La divulgation peut constituer une protection importante contre l'utilisation d'éléments inexacts ou de théories non éprouvées. Elle peut aussi favoriser l'efficacité de l'audition en concentrant les renseignements et l'argumentation sur les sujets et les éléments de preuve pertinents. [Je souligne.]

Wade affirme, à la p. 470 de son ouvrage intitulé *Administrative Law* (4^e éd. 1977):

[TRADUCTION] Il va sans dire que les politiques constituent le fondement de la discrétion administrative dans de nombreuses affaires, mais ceci ne justifie pas de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire avec équité envers toute personne qui sera défavorisée par une décision. La décision exige qu'on soupèse les intérêts de ces personnes en fonction de ce qu'exige une politique; on ne peut le faire sans donner à cette personne la possibilité d'être entendue.

À mon avis, la réunion plénière de la Commission a donc privé l'appelante de la pleine possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir des arguments et a constitué un déni de justice naturelle. Quoique le dossier ne permette pas de déterminer avec certitude si la formulation, lors de la réunion plénière, d'une politique qui n'a pas été divulguée aux parties a eu un effet sur la décision, le fait que la chose ait très bien pu se produire est fatal à la décision de la Commission.

Même si l'uniformisation des décisions de tribunaux particuliers est souhaitable, elle ne peut se faire aux dépens des règles de justice naturelle. Si le législateur veut permettre la poursuite de cet objectif, il est libre d'autoriser la procédure de réunion plénière de la Commission. Il convient de souligner que le Parlement a adopté en première lecture le projet de loi C-40, une refonte de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel permet à des bancs particuliers de consulter le Conseil et ses cadres afin de réaliser une application uniforme des politiques (par. 19(4)). On prévoit cependant la promulgation régulière de directives et d'énoncés de politique relativement aux matières relevant de la compétence du Conseil.

Section 114

The respondents do not contend that if a breach of natural justice has occurred, the privative clause in s. 108 of the Act would apply. They have, however, submitted that if there was a breach of natural justice, it was technical only and hence no remedy should be available. The respondents cite s. 114 of the Act as well as *Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.) Section 114 reads:

114. No proceedings under this Act are invalid by reason of any defect of form or any technical irregularity and no such proceedings shall be quashed or set aside if no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

Toshiba concerned a preliminary staff report prepared for the Anti-Dumping Tribunal which was not revealed to the parties and which the Court described as "a dangerous practice." Nonetheless, the Court of Appeal was satisfied that the report contained only matters of general knowledge or was based upon facts and sources which were brought out at the hearing in such a manner that the parties had the opportunity to test them. Thus any breach of natural justice was minor and inconsequential and the application for judicial review was dismissed.

The submission that there is no prejudice as a result of a technical breach of rules of natural justice requires that the party making the allegation establish this fact. To do so in this case it would be necessary for the respondents to satisfy the court that the matters discussed were all matters that had been brought out at the hearing. This has not occurred; unlike *Toshiba* there is no report or minutes of the full board meeting against which the hearing proceedings can be compared. The appellant can hardly be expected to establish prejudice when it was not privy to the discussion before the full Board and there is no evidence as to what in fact was discussed. In the absence of such evidence the gravity of the breach of natural jus-

L'article 114

Les intimés ne soutiennent pas que s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, la clause privative de l'art. 108 de la Loi s'applique. Ils ont toutefois soutenu que s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, elle a été purement formelle et qu'il n'y a pas lieu d'accorder quelque réparation que ce soit. Les intimés invoquent l'art. 114 de la Loi et l'arrêt *Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (C.A.F.) L'article 114 est ainsi conçu:

114 Les instances introduites en application de la présente loi ne sont pas nulles en raison d'un vice de forme ou d'une irrégularité technique. Elles ne sont pas rejetées ni annulées, à moins qu'il n'en résulte un préjudice grave ou une erreur judiciaire fondamentale.

L'arrêt *Toshiba* porte sur un rapport préliminaire du personnel préparé pour le Tribunal antidumping qui n'avait pas été divulgué aux parties, ce que la cour a qualifié de «pratique dangereuse». Néanmoins, la Cour d'appel s'est dite convaincue que tout ce qui était contenu dans le rapport était de notoriété publique ou était fondé sur des faits et des sources soulevés à l'audience d'une manière telle que les parties avaient eu la possibilité de les examiner. Donc, s'il y avait eu violation des règles de justice naturelle, elle était mineure et sans importance de sorte que la demande de contrôle judiciaire a été rejetée.

L'argument selon lequel il n'y a pas eu de préjudice causé par une violation technique des règles de justice naturelle exige de la partie qui l'invoque qu'elle établisse cette absence. Pour faire cette preuve en l'espèce, il faudrait que les intimés convainquent la cour que les sujets discutés avaient tous été abordés à l'audition. Ce n'est pas ce qui s'est produit; à la différence de l'affaire *Toshiba*, il n'y a pas de compte rendu ou de procès-verbal de la réunion plénière de la Commission qui permettraient de faire la comparaison avec les procédures d'audition. On ne saurait demander à l'appelante de prouver l'existence d'un préjudice alors qu'elle n'a pas eu connaissance de ce qui a été discuté à la réunion plénière de la Commission et qu'il n'y a pas de preuve quant à ce qui y a été réellement discuté. En l'absence de cette preuve, il est impossible de déterminer la gravité de la violation des

tice cannot be assessed, and I cannot conclude that no substantial wrong has occurred.

Section 102(13)

Nor can I conclude that the full board procedure is saved by virtue of s. 102(13) of the *Labour Relations Act*. Section 102(13) reads:

102. ...

(13) The Board shall determine its own practice and procedure but shall give full opportunity to the parties to any proceedings to present their evidence and to make their submissions, and the Board may, subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, make rules governing its practice and procedure and the exercise of its powers and prescribing such forms as are considered advisable. [Emphasis added.]

I recognize the importance of deference to a board's choice of procedures expressed by this Court in *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172, at p. 176 [reported in English translation at (1967), 1 D.L.R. (3d) 125, at p. 127], per Pigeon J.:

While upholding the rule that the fundamental principles of justice must be respected, it is important to refrain from imposing a code of procedure upon an entity which the law has sought to make master of its own procedure.

However, in this case the appellant was not given a full opportunity to present evidence and make submissions, which is an explicit limit placed by statute on the Board's control of its procedure. Furthermore, when the rules of natural justice collide with a practice of the Board, the latter must give way.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the order of the Divisional Court restored with costs to the appellant against the respondents both here and in the Court of Appeal.

règles de justice naturelle et je ne puis conclure qu'il n'y a pas eu de préjudice grave.

Le paragraphe 102(13)

^a Je ne puis non plus conclure que la procédure de réunion plénière de la Commission est sauvegardée en vertu du par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail*. Le paragraphe 102(13) est ainsi conçu:

102 ...

(13) La Commission régit sa propre pratique et procédure, sous réserve toutefois d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. La Commission peut, sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, établir des règles de pratique et de procédure, réglementer l'exercice de ses attributions et prescrire les formules qu'elle estime opportunes. [Je souligne.]

^d Je reconnais l'importance de la déférence à l'égard du choix fait par une commission de sa procédure, dont parle le juge Pigeon de notre Cour dans l'arrêt *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172, à la p. 176:

^f Tout en maintenant le principe que les règles fondamentales de justice doivent être respectées, il faut se garder d'imposer un code de procédure à un organisme que la loi a voulu rendre maître de sa procédure.

^g Cependant, en l'espèce, l'appelante n'a pas eu toute possibilité de présenter sa preuve et de faire valoir ses arguments, alors que cette possibilité constitue une limite expresse que la Loi impose au contrôle de la Commission sur sa procédure. De plus, quand les règles de justice naturelle entrent en conflit avec une pratique de la Commission, cette dernière doit céder le pas.

ⁱ Dispositif

^j En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'ordonnance de la Cour divisionnaire est rétablie avec dépens en faveur de l'appelante contre les intimés en notre Cour et en Cour d'appel.

The judgment of Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J.—I have had the opportunity to read the reasons of my colleague, Sopinka J., and I must respectfully disagree with his conclusions in this case. While I do not generally disagree with the summary of the facts, decisions and issues, I consider it useful to refer to them in somewhat more detail.

The appeal is from a decision of the Court of Appeal of Ontario dismissing an application for judicial review of two decisions of the Ontario Labour Relations Board (the "Board"). In the first decision, a tripartite panel composed of G. W. Adams, Q.C., Chairman of the Board, W. H. Wightman and B. F. Lee representing the management and labour sides respectively, decided, Mr. Wightman dissenting, that the appellant had failed to bargain in good faith with the respondent union because it did not disclose during the negotiations its impending decision to close the plant covered by the collective agreement. Counsel for the appellant then learned that a full board meeting had been called to discuss the policy implications of its decision when it was still in the draft stage. The parties were neither notified of nor invited to participate in this meeting. The appellant applied for a reconsideration of this decision under s. 106 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, on the ground that the full board meeting had vitiated the Board's decision and on the ground that the evidence adduced at the first hearing had been improperly considered. The same panel rejected both these arguments in the second decision (the "reconsideration decision").

The Board's decisions were challenged in the Divisional Court on the basis: (1) that the original decision was manifestly unreasonable in fact and in law, and (2) that the full board meeting called by the Board prior to the panel's decision constituted a violation of the rules of natural justice. The Divisional Court rejected the first ground and the appellant did not raise this argument in the

Version française du jugement des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, en toute déférence, je ne puis partager ses conclusions en l'espèce. Bien que, dans l'ensemble, je ne sois pas en désaccord avec le résumé des faits, des décisions et des questions en litige, je crois utile de les exposer un peu plus en détail.

Le pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire de deux décisions de la Commission des relations de travail de l'Ontario (la «Commission»). Dans la première décision, un banc tripartite composé du président de la Commission G. W. Adams, c.r., et de W. H. Wightman et B. F. Lee qui représentaient l'employeur et les employés respectivement, a statué, avec dissidence de la part de M. Wightman, que l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi avec le syndicat intimé en ne divulguant pas, pendant les négociations, sa décision imminente de fermer l'usine visée par la convention collective. L'avocat de l'appelante a alors appris qu'une réunion plénière de la Commission avait été convoquée dans le but d'analyser les conséquences en matière de politique de sa décision alors que celle-ci était encore au stade d'avant-projet. Les parties n'ont été ni avisées de cette réunion, ni invitées à y participer. L'appelante a demandé le réexamen de cette décision en vertu de l'art. 106 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, pour le motif que la réunion plénière de la Commission a entaché de nullité sa décision et que les éléments de preuve soumis à la première audition n'avaient pas été examinés correctement. Le même banc a rejeté ces deux arguments dans la seconde décision (la «décision relative à la demande de réexamen»).

Les décisions de la Commission ont été contestées devant la Cour divisionnaire pour les motifs suivants: (1) la décision initiale était manifestement déraisonnable en fait et en droit et (2) la réunion plénière convoquée par la Commission avant que le banc ne rende sa décision violait les règles de justice naturelle. La Cour divisionnaire a rejeté le premier motif invoqué et l'appelante ne l'a

Court of Appeal nor in this Court. Thus, the only issue before this Court is whether the impugned meeting vitiated the first decision rendered by the Board on the ground that the case was there discussed with panel members by persons who did not hear the evidence nor the arguments.

In order to determine whether the principles of natural justice have been breached in this case, it is necessary to examine in some detail the facts which led to the initial complaint made by the respondent union. It will also be necessary to examine the evidence as to the purpose and the context of the full board meeting so as to understand the policy matters in issue at that meeting.

I—The Facts

(a) Plant Closure and Collective Agreement Negotiations

The appellant operated a corrugated container plant in Hamilton (the "Hamilton plant") and decided to close it on April 26, 1983. This decision was approved by the Board of Directors on February 25, 1983 and announced on March 1, 1983. The respondent union was the bargaining agent for the employees of the Hamilton plant and negotiated a new collective agreement with the appellant from November 2, 1982 to January 13, 1983, the date at which a memorandum of settlement was concluded. The collective agreement was signed on April 22, 1983. It is obvious from the evidence heard by the Board that the decision to close the Hamilton plant and the labour negotiations concerning this plant took parallel courses. It is also obvious that the respondent union was never informed of the possibility of an impending plant closure. Although its demands did initially include a modification of art. 18.26 of the existing collective agreement concerning plant closure and severance pay, the respondent union unilaterally dropped this demand during the negotiations and art. 18.26 was simply renewed. At no other point during the negotiations did the subject of plant closure arise.

soulevé ni en cour d'appel, ni en notre Cour. La seule question en litige devant notre Cour est donc celle de savoir si la réunion contestée a entaché de nullité la première décision de la Commission pour le motif que les membres du banc qui ont entendu l'affaire en ont alors discuté avec d'autres personnes qui n'avaient pas entendu la preuve ni les plaidoiries.

Pour décider s'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle en l'espèce, il est nécessaire d'analyser plus en détail les faits à l'origine de la première plainte du syndicat intimé. Il sera aussi nécessaire d'examiner la preuve relative à l'objet et aux circonstances de la réunion plénière de la Commission afin de comprendre les questions de politique qui étaient en cause lors de cette réunion.

I—Les faits

a) La fermeture de l'usine et les négociations visant la signature d'une convention collective

L'appelante exploitait une usine de fabrication de boîtes de carton ondulé à Hamilton («l'usine de Hamilton») qu'elle a décidé de fermer le 26 avril 1983. Cette décision, qui avait été approuvée par le conseil d'administration le 25 février 1983, a été annoncée le 1^{er} mars 1983. Le syndicat intimé était l'agent négociateur des employés de l'usine de Hamilton et du 2 novembre 1982 au 13 janvier 1983 avait négocié une nouvelle convention collective avec l'appelante, date à laquelle un mémoire d'entente avait été signé. La convention collective a été signée le 22 avril 1983. Il ressort clairement de la preuve entendue par la Commission que les événements menant à la décision de fermer l'usine de Hamilton se sont déroulés parallèlement aux négociations collectives relatives à cette usine. Il est aussi évident que le syndicat intimé n'a jamais été avisé de la possibilité d'une fermeture imminente de l'usine. Quoique les demandes du syndicat aient compris au départ la modification de l'art. 18.26 de la convention collective existante qui traitait de la fermeture d'usine et des indemnités de départ, le syndicat intimé a abandonné cette demande de sa propre initiative pendant les négociations et l'art. 18.26 a été simplement reconduit. Le sujet de la fermeture de l'usine n'a plus jamais été soulevé au cours des négociations.

According to the testimonies of the representatives of the appellant, the Hamilton plant was so unprofitable that it would have been closed in 1982 if an industry-wide strike had not taken place from June to December of that year. The Hamilton plant remained open during that period and the appellant hoped that some goodwill would be generated through the new contracts entered into as a result of the industry-wide strike. As early as 1981, following the negotiation of the 1980-82 collective agreement, the appellant and the respondent union met to discuss concerns over the possibility of a plant closure given the severe losses anticipated for that year. The appellant had decided to turn the plant around and sought the respondent union's collaboration adding that there were no plans to close the Hamilton plant at that time. In October of 1981, the employees of the bargaining unit did commit themselves to the improvement of productivity at the plant. After registering a loss of \$1.3 million for the year 1981, the appellant continued to invest in the Hamilton plant but warned that it would not continue to "throw 'good money after bad'" and that the plant would have to become profitable in the short term. In May of 1982, immediately before the industry-wide strike, 25 employees had to be laid off and the plant was operating only two shifts a day on a four-day work week.

In this context, the industry-wide strike was a godsend for the Hamilton plant. New clients had to award contracts to the Hamilton plant for the duration of this strike and the plant was operating at capacity, three shifts a day, seven days a week. Unfortunately, the anticipated goodwill from new customers did not materialize and Mr. Ted Haiplik, Vice-President and General Manager of the Container Division, reported to his superiors that in his opinion the Hamilton plant should be closed. Mr. Souccar, to whom Mr. Haiplik reports, testified that this recommendation was made to him in the "first or second week of February during one of their regular meetings". The matter was brought to the attention of the Board of Directors during their meeting of February 25, 1983 and they decided that the plant would close on April

D'après les dépositions des représentants de l'appelante, l'usine de Hamilton entraînait des pertes si considérables qu'elle aurait fermé ses portes en 1982 s'il n'y avait pas eu une grève à l'échelle de cette industrie de juin à décembre de la même année. L'usine de Hamilton est restée ouverte pendant cette période et l'appelante espérait qu'une certaine clientèle serait générée grâce aux nouveaux contrats signés par suite de la grève à l'échelle de l'industrie. Dès 1981, après la négociation de la convention collective visant les années 1980 à 1982, l'appelante et le syndicat intimé avaient discuté de la crainte que l'usine ferme ses portes à cause des pertes considérables prévues au cours de cette année. L'appelante avait décidé de rentabiliser l'usine et elle a demandé la collaboration du syndicat intimé, ajoutant qu'elle n'avait pas l'intention de fermer l'usine de Hamilton à ce moment-là. En octobre 1981, les employés de l'unité de négociation se sont engagés à améliorer la productivité à cette usine. Après avoir essuyé des pertes de 1,3 million de dollars en 1981, l'appelante a continué d'investir de l'argent dans l'usine de Hamilton, tout en prévenant qu'elle ne continuerait pas de [TRADUCTION] «jeter de l'argent par les fenêtres» et que l'usine devrait devenir rentable à court terme. En mai 1982, immédiatement avant la grève à l'échelle de l'industrie, 25 employés avaient dû être mis à pied et l'usine ne fonctionnait plus qu'à deux quarts par jour, quatre jours par semaine.

Dans ces circonstances, la grève à l'échelle de l'industrie fut un don du ciel pour l'usine de Hamilton. De nouveaux clients durent attribuer des contrats à l'usine de Hamilton pour la durée de la grève et l'usine fonctionnait à plein rendement, à trois quarts par jour, sept jours par semaine. Malheureusement, il n'y eut pas autant de nouveaux clients que prévu et M. Ted Haiplik, vice-président et directeur général de la division des emballages a fait rapport à ses supérieurs qu'à son avis il fallait fermer l'usine de Hamilton. Monsieur Souccar, le supérieur immédiat de M. Haiplik, a témoigné avoir reçu cette recommandation pendant [TRADUCTION] «la première ou la deuxième semaine de février, à l'occasion d'une de leurs réunions régulières». La question a été portée à l'attention du conseil d'administration lors de sa

26, 1983. Mr. Souccar insisted that it took four to five weeks following the end of the industry-wide strike to determine the amount of market share retained by the appellant and assess its viability under normal circumstances. Thus, according to Mr. Souccar, no decision concerning the closure of the Hamilton plant could be made before February of 1983.

Throughout this period, no mention was made of the possibility of plant closure during the negotiations except to point out that customers were monitoring these negotiations closely to see whether there was any possibility of a strike after the deadline set for January 8, 1983 by the respondent union. Moreover, Mr. Gruber, labour negotiator for the appellant, testified that he was not aware of any plans to close the plant during the negotiations. It is in this context that the Board was asked to determine whether the appellant had breached its obligation to bargain in good faith and, more particularly, whether it had the obligation to disclose its plans to close the Hamilton plant.

The obligation to disclose, without being asked, information relevant to any particular labour negotiation was held by the Board to be part and parcel of the obligation to bargain in good faith in *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, (*Westinghouse*), where this information relates to plans “which, if implemented during the term of the collective agreement, would have a significant impact on the economic lives of bargaining unit employees” (at p. 598). In order to understand the policy issues which were the subject of discussion at the full board meeting held by the Board, it is necessary to analyse the *Westinghouse* decision and its implications in this case.

(b) *The Westinghouse Decision and the Arguments Raised by the Parties before the Board*

In *Westinghouse*, management had decided to relocate its Switchgear and Control Division from Hamilton to several other locations two months

réunion du 25 février 1983; le conseil a alors décidé que l'usine fermerait ses portes le 26 avril 1983. Monsieur Souccar a souligné qu'il fallait de quatre à cinq semaines, après une grève à l'échelle de l'industrie, pour connaître la part de marché retenue par l'appelante et vérifier sa viabilité dans des circonstances normales. Donc, d'après M. Souccar, aucune décision de fermer l'usine de Hamilton ne pouvait être prise avant février 1983.

Pendant toute cette période, personne n'a jamais parlé de la possibilité de fermer l'usine au cours des négociations, sauf qu'on a mentionné que les clients suivaient ces négociations de près pour vérifier s'il y aurait possibilité de grève après la date cible du 8 janvier 1983 fixée par le syndicat intimé. De plus, M. Gruber, qui agissait à titre de négociateur pour l'appelante a témoigné qu'il n'avait été au courant d'aucun projet de fermer l'usine pendant les négociations. C'est dans ce contexte qu'on a demandé à la Commission de décider si l'appelante avait manqué à l'obligation qu'elle avait de négocier de bonne foi et, plus précisément, si elle avait l'obligation de divulguer son projet de fermer l'usine de Hamilton.

La Commission a statué, dans la décision *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577 (la décision *Westinghouse*), que l'obligation de divulguer spontanément tout renseignement utile aux fins des négociations collectives fait partie intégrante de l'obligation de négocier de bonne foi si ces renseignements ont trait à des projets [TRADUCTION] «qui, s'ils sont mis à exécution pendant la durée de la convention collective, auront des conséquences importantes sur la situation économique des employés de l'unité de négociation» (à la p. 598). Pour comprendre les questions de politique qui ont été débattues lors de la réunion plénière de la Commission, il faut analyser la décision *Westinghouse* et ses répercussions sur l'espèce.

b) *La décision Westinghouse et les arguments invoqués par les parties devant la Commission*

Dans l'affaire *Westinghouse*, la direction avait décidé de déménager de Hamilton à divers autres endroits la division des appareils de commutation

after the conclusion of negotiations for a collective agreement. In this decision, the Board ruled that the obligation to bargain in good faith set out in s. 14 of the *Labour Relations Act*, now s. 15, comprised the obligation to reveal during the course of negotiations decisions which may seriously affect members of the bargaining unit. However, the Board found it difficult to define the point at which a planned decision becomes sufficiently certain to warrant disclosure during the negotiations without creating unnecessarily threatening perceptions in the bargaining process. The Board described as follows the perils of forced disclosure of plans which may be discarded in the future and held that an employer does not have the obligation to disclose plans until they have become at least *de facto* decisions, at pp. 598-99:

41. The competitive nature of our economy and the ongoing requirement of competent management to be responsive to the forces at play in the marketplace result in ongoing management consideration of a spectrum of initiatives which may impact on the bargaining unit. More often than not, however, these considerations do not manifest themselves in hard decisions. For one reason or another, plans are often discarded in the conceptual stage or are later abandoned because of changing environmental factors. The company's initiation of an open-ended discussion of such imprecise matters at the bargaining table could have serious industrial relations consequences. The employer would be required to decide in every bargaining situation at what point in his planning process he must make an announcement to the trade union in order to comply with section 14. Because the announcement would be employer initiated and because plans are often not transformed into decisions, the possibility of the union viewing the employer's announcement as a threat (with attendant litigation) would be created. If not seen as a threat the possibility of employee overreaction to a company initiated announcement would exist. A company initiated announcement, as distinct from a company response to a union inquiry may carry with it an unjustified perception of certainty. The collective bargaining process thrusts the parties into a delicate and often difficult interface. Given the requirement upon the company to respond honestly at the bargaining table to union inquiries with respect to company plans which may have a

et de contrôle deux mois après la fin des négociations visant la signature d'une convention collective. Dans cette décision, la Commission a statué que l'obligation de négocier de bonne foi, énoncée à l'art. 14 de la *Loi sur les relations de travail*, devenu depuis l'art. 15, comportait l'obligation de divulguer, pendant les négociations, les décisions susceptibles de toucher sérieusement les membres de l'unité de négociation. Cependant, la Commission a trouvé difficile de déterminer à quel moment une décision projetée devient suffisamment certaine pour justifier sa divulgation pendant les négociations sans qu'il en résulte inutilement des perceptions de menaces au cours du processus de négociation. La Commission a défini de la manière suivante les dangers de la divulgation forcée de projets qui seront peut-être délaissés plus tard et elle a statué que l'employeur n'est pas tenu de divulguer des projets avant qu'ils n'aient atteint au moins le stade de décisions *de facto*, aux pp. 598 et 599:

[TRADUCTION] 41. La nature concurrentielle de notre économie et l'obligation, pour une administration compétente, de s'adapter aux forces du marché exigent des administrateurs qu'ils envisagent constamment de nouvelles mesures susceptibles d'avoir des répercussions sur l'unité de négociation. Mais plus souvent qu'autrement, il n'en résulte pas de décision concrète. Pour une raison ou une autre, les projets sont souvent rejetés à l'étape de leur conception ou abandonnés plus tard en raison de changements des circonstances externes. L'amorce par la société de discussions libres portant sur des sujets aussi vagues à la table de négociation pourrait avoir de graves conséquences sur les relations de travail. L'employeur devrait décider à chaque fois qu'il y a négociation à quel moment, dans l'évolution de son projet, il doit en faire part au syndicat pour se conformer à l'art. 14. Parce que cette annonce viendrait de l'employeur et que les projets n'ont souvent aucune suite, il y aurait possibilité que le syndicat perçoive l'annonce faite par l'employeur comme une menace (et qu'elle entraîne des contestations). Si l'annonce n'était pas perçue comme une menace, il y aurait quand même possibilité de réaction exagérée des employés à l'annonce de la société. Une mesure annoncée par la société, par opposition à une réponse de la société à une demande syndicale de renseignements, peut donner prise à un sentiment de certitude qui n'est pas justifié dans les faits. Les négociations collectives lancent les parties dans des pourparlers délicats et souvent périlleux. Compte tenu de l'obligation déjà imposée à la société de répondre

significant impact on the bargaining unit, the effect of requiring the employer to initiate discussion on matters which are not yet decided within his organization would be of marginal benefit to the trade union and could serve to distort the bargaining process and create the potential for additional litigation between the parties. The section 14 duty, therefore, does not require an employer to reveal on his own [sic] initiative plans which have not become at least de facto decisions. [Emphasis added.]

The Board then decided that management "... had not made a hard decision to relocate during the course of bargaining as would have required it to reveal its decision to the trade union" (at p. 599). [Emphasis added.]

The facts in this case are substantially similar to those in the *Westinghouse* case in that a decision which would substantially affect the bargaining unit was taken by management either during or immediately after collective agreement negotiations thereby raising the issue of whether plans to close the Hamilton plant had gone sufficiently far through management's decision-making process to justify their disclosure to union representatives during the course of the negotiations. Before the Board, the appellant and the respondent union both argued, *inter alia*, that the test established in the *Westinghouse* decision ought to be modified. In his reasons, [1983] OLRB Rep. September 1411, Chairman Adams stated the respondent union's position as follows, at p. 1428:

26. The complainant's second major alternative argument requested this Board to reconsider its holding in *Westinghouse* that an employer does not have to reveal on his own initiative plans which have not become at least *de facto* decisions. The complainant asserted that the test ought to be disclosure where an employer is "seriously considering an action which if carried out will have a serious impact on employees".

Chairman Adams later summarized the appellant's arguments as follows, at p. 1429:

29. On behalf of the respondent company it was submitted that the extent of its bargaining duty was to disclose any decisions the company had made about the closing

franchement, à la table des négociations, aux demandes de renseignements du syndicat au sujet des projets de l'employeur susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur l'unité de négociation, exiger de l'employeur qu'il engage le débat sur des sujets qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision de sa part comporterait peu d'avantages pour le syndicat et risquerait de fausser le processus de négociation et d'engendrer plus de litiges entre les parties. L'obligation définie à l'art. 14 n'impose pas à l'employeur le devoir de divulguer, de sa propre initiative, les projets qui n'ont pas encore atteint au moins le stade de décisions *de facto*. [Je souligne.]

La Commission a donc statué que la direction [TRADUCTION] «... n'avait pas pris de décision ferme de déménager, pendant les négociations collectives, qui l'aurait obligée à divulguer sa décision au syndicat» (à la p. 599). [Je souligne.]

Les faits de l'espèce ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire *Westinghouse* puisque la direction avait pris, pendant ou immédiatement après la négociation de la convention collective, une décision susceptible d'influencer profondément l'unité de négociation et qu'il fallait alors décider si le projet de fermer l'usine de Hamilton était rendu suffisamment loin dans le processus décisionnel de la direction pour justifier sa divulgation aux représentants du syndicat au cours des négociations. Devant la Commission, la société appelante et le syndicat intimé ont soutenu notamment qu'il fallait modifier le critère établi dans la décision *Westinghouse*. Dans ses motifs, [1983] OLRB Rep. September 1411, le président Adams formule ainsi la position du syndicat intimé, à la p. 1428:

[TRADUCTION] 26. Dans son deuxième argument important soulevé à titre subsidiaire, le plaignant demande à la Commission de réexaminer la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Westinghouse* et en vertu de laquelle un employeur n'est pas tenu de divulguer, de sa propre initiative, des projets qui n'ont pas encore atteint au moins le stade de décisions *de facto*. Le plaignant soutient que la norme devrait imposer la divulgation quand un employeur «envisage sérieusement de prendre une mesure dont la réalisation aura des conséquences profondes sur les employés».

Le président Adams a résumé plus loin l'argumentation de l'appelante en ces termes, à la p. 1429:

[TRADUCTION] 29. On a soutenu, au nom de la société intimée, qu'elle était tenue de divulguer lors des négociations collectives toute décision de fermer l'usine qu'elle

of the plant during the course of negotiations. Counsel submitted that on the evidence before the board one could only conclude that a definitive decision had not been made and that the respondent was not obligated to engage in speculation about a possible plant closing during bargaining.

Thus, although other legal and factual arguments were put forward by the parties, the main issue before the Board was whether the *Westinghouse* decision had to be reconsidered and the test it adopted replaced by either one of the tests proposed by the parties. This issue was a policy issue which had important implications from the point of view of labour law principles as well as of the effectiveness of collective bargaining in Ontario. The Board's desire to discuss it in a full board meeting was therefore understandable.

The Board panel decided in this case, Mr. Wightman dissenting on this issue, that the test set out in the *Westinghouse* case should be confirmed and that in this case, the appellant had made a *de facto* decision to close the Hamilton plant during the course of the negotiations. Thus, the appellant had the obligation to disclose this decision to the respondent union even if no questions were asked on this subject. The Board also found in the alternative that the decision to close the plant was so highly probable that the appellant should have informed the respondent union that if the Hamilton plant's financial situation did not improve in the short term, a recommendation to close the plant would shortly be made to the Board of Directors.

(c) *The Full Board Meeting*

On September 23, 1983, Mr. Michael Gordon, counsel for the appellant, became aware that a full board meeting concerning the Hamilton plant closure was taking place at the Board's offices. Mr. Gordon was aware that full board meetings have been part of the Board's practice for some time but had never been aware that any of the cases in which he had been involved was the subject of such a meeting. The appellant then filed an application for a reconsideration of the initial decision on the

avait prise au cours des négociations. L'avocat de l'intimée soutient que d'après la preuve soumise à la Commission, on ne peut que conclure qu'aucune décision définitive n'avait été arrêtée et que l'intimée n'était pas tenue de spéculer, pendant les négociations, sur la possibilité de fermer l'usine.

Donc, même si les parties ont invoqué d'autres arguments de droit et de fait, la principale question en litige devant la Commission était de savoir s'il y avait lieu de réexaminer la décision *Westinghouse* et de remplacer le critère adopté dans cette décision par l'un de ceux proposés par les parties. La question en était une de politique qui avait des conséquences importantes du point de vue des principes du droit du travail et de l'efficacité des négociations collectives en Ontario. La volonté de la Commission de débattre cette question en réunion plénière était donc compréhensible.

Le banc de la Commission chargé de l'audition a décidé en l'espèce, avec dissidence de la part de M. Wightman sur ce point, qu'il y avait lieu de confirmer le critère établi dans la décision *Westinghouse* et que, dans la présente affaire, l'appelante avait pris la décision *de facto* de fermer l'usine de Hamilton pendant le déroulement des négociations. Ainsi, l'appelante avait l'obligation de divulguer sa décision au syndicat intimé même si on ne lui avait pas posé de question à ce propos. La Commission a conclu, à titre subsidiaire, que la décision de fermer l'usine était si probable que l'appelante aurait dû informer le syndicat intimé que si la situation financière de l'usine de Hamilton ne s'améliorait pas rapidement, la recommandation de fermer l'usine serait soumise au conseil d'administration.

^h c) *La réunion plénière de la Commission*

Le 23 septembre 1983, M^c Michael Gordon, l'avocat de l'appelante, a appris qu'une réunion plénière se déroulait aux bureaux de la Commission à propos de la fermeture de l'usine de Hamilton. M^c Gordon savait que la Commission avait depuis un certain temps l'habitude de tenir des réunions plénières, mais il n'avait jamais eu connaissance que l'un des dossiers auxquels il avait participé faisait l'objet d'une telle réunion. L'appelante a présenté une demande de réexamen de la

basis, *inter alia*, that the practice of holding full board meetings is illegal.

In this reconsideration decision, Chairman Adams described in detail the purpose of these meetings and the way in which they are held. Not surprisingly, Chairman Adams emphasized the necessity to foster coherence and maintain a high level of quality in the decisions of the Board, at p. 2001:

6. In considering this question, it is to be noted that the Act confers many areas of broad discretion on the Board in determining how the statute should be interpreted or applied to an infinite variety of factual situations. Within these areas of discretion, decision-making has to turn on policy considerations. At this level of "administrative law", law and policy are to a large degree inseparable. In effect, law and policy come to be promulgated through the form of case by case decisions rendered by panels. It is in this context that the Board is sometimes criticized for not creating enough certainty in "Board law" to facilitate the planning of the parties regulated by the statute. This criticism, however, ignores the fact that there is a huge corpus of Board law much of which is almost as old as the legislation itself and as settled and stable as law can be. Board decision-making has recognized the need for uniformity and stability in the application of the statute and the discretions contained therein. Indeed, it is because there is so much settled law and policy that upwards to 80% of unfair labour practice charges are withdrawn, dismissed, settled or adjusted without the issuance of a decision and that a high percentage of other matters are either settled or withdrawn without the need for a hearing. . . . Thus, there is great incentive for the Board to articulate its policies clearly and, once articulated, to maintain and apply them. Nevertheless, there remains, even in applying an established policy, an inevitable area of discretion in applying the statute to each fact situation. Moreover, the Board reserves the right to change its policies as required and new amendments to the Act create additional requirements for ongoing policy analysis. To perform its job effectively, the Board needs all the insight it can muster to evaluate the practical consequences of its decisions, for it lacks the capacity to ascertain by research and investigation just what impact its decisions have on labour relations and the economy generally. In this context therefore, and accepting that no one panel of the Board can bind another panel by any decision rendered, what institutional procedures has the Board developed to foster greater insightfulness in the exercise

décision initiale pour le motif notamment que la pratique de tenir des réunions plénières de la Commission est illégale.

a Dans la décision relative à la demande de réexamen, le président Adams décrit en détail l'objet de ces réunions et la façon dont elles sont tenues. Naturellement, le président Adams insiste sur la nécessité de promouvoir la cohérence des décisions de la Commission et d'y maintenir un niveau élevé de qualité, à la p. 2001:

[TRADUCTION] 6. En examinant cette question, il faut souligner que la Loi confère à la Commission des pouvoirs discrétionnaires étendus sur plusieurs sujets quant à la façon d'interpréter et d'appliquer la Loi à toutes sortes de situations concrètes. À l'intérieur de ces pouvoirs discrétionnaires, la prise des décisions doit s'appuyer sur des considérations de politique. À ce niveau de «droit administratif», le droit et les politiques sont dans une large mesure inséparables. En effet, le droit et les politiques en viennent à être établis sous la forme de décisions rendues par différents bancs dans des affaires particulières. C'est dans ce contexte que l'on blâme parfois la Commission de ne pas créer suffisamment de certitude dans sa jurisprudence de manière à faciliter la planification par les parties régies par la Loi. Cette critique ne tient cependant pas compte du fait qu'il existe une jurisprudence abondante de la Commission depuis presque aussi longtemps que la Loi elle-même existe et qu'elle est aussi stable et incontestable que le droit peut l'être. La Commission a reconnu dans ses décisions qu'il est nécessaire d'avoir une uniformité et une stabilité dans l'application de la Loi et des pouvoirs discrétionnaires que celle-ci comporte. En réalité, c'est parce qu'il y a tant de droit et de politiques bien établis que jusqu'à 80 pour 100 des plaintes de pratiques déloyales en matière de travail sont retirées, rejetées, réglées ou arrangées sans délivrance d'une décision et qu'une grande proportion des autres affaires sont soit réglées soit retirées sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience. [. . .] Donc, il y a de grands avantages pour la Commission à ce que celle-ci établisse clairement ses politiques et qu'après les avoir établies, elle les maintienne et les applique. Néanmoins, même quand la Commission applique une politique établie, il reste une marge inévitable de pouvoir discrétionnaire dans l'application de la Loi à chaque situation concrète. De plus, la Commission conserve le droit de changer ses politiques au besoin et les nouvelles modifications apportées à la Loi créent d'autres obligations de procéder à une analyse permanente des politiques. Pour s'acquitter efficacement de ses tâches, la Commission a besoin de toutes

of the Board's powers by particular panels? What internal mechanisms has the Board developed to establish a level of thoughtfulness in the creation of policies which will meet the labour relations community's needs and stand the test of time? What internal procedures has the Board developed to ensure the greatest possible understanding of these policies by all Board members in order to facilitate a more or less uniform application of such policies? The meeting impugned by the respondent must be seen as only part of the internal administrative arrangements of the Board which have evolved to achieve a maximum regulatory effectiveness in a labour relations setting. [Emphasis added.]

It will be noted that Chairman Adams does not claim that the purpose of full board meetings is to achieve absolute uniformity in decisions made by different panels in factually similar situations. Chairman Adams accepts that "no one panel of the Board can bind another panel by any decision rendered" (at p. 2001). The methods used at those meetings to discuss policy issues reflect the need to maintain an atmosphere wherein each attending Board member retains the freedom to make up his mind on any given issue and to preserve the panel members' ultimate responsibility for the outcome of the final decision. Thus, Chairman Adams states that discussions at full board meetings are limited to policy issues, that the facts of each case must be taken as presented and that no votes are taken nor any attendance recorded, at p. 2002:

8. After deliberating over a draft decision, any panel of the Board contemplating a major policy issue may, through the Chairman, cause a meeting of all Board members and vice-chairmen to be held to acquaint them with this issue and the decision the panel is inclined to

les lumières qu'elle peut rassembler dans le but d'évaluer les conséquences pratiques de ses décisions, parce qu'elle n'a pas les moyens de vérifier par des recherches et des enquêtes quelles seront au juste les conséquences de ses décisions sur les relations de travail et sur l'ensemble de l'économie. Dans ces circonstances, et si on accepte qu'aucun banc de la Commission ne peut en lier un autre par sa décision, quelles procédures institutionnelles la Commission a-t-elle mises au point pour conférer plus de perspicacité dans l'exercice par les bancs particuliers des pouvoirs conférés à la Commission? Quels mécanismes internes la Commission a-t-elle établis pour fixer un niveau de réflexion dans la formulation de politiques qui répondent aux besoins de la collectivité en matière de relations de travail et qui de plus résisteront à l'épreuve du temps? Quelles procédures internes la Commission a-t-elle établies pour assurer la meilleure compréhension possible de ces politiques par tous les commissaires de manière à faciliter une application plus ou moins uniforme de ces politiques? La réunion contestée par l'intimé doit être perçue seulement comme une partie des arrangements administratifs internes que la Commission a pris pour réaliser le maximum d'efficacité de la réglementation dans un contexte de relations de travail. [Je souligne.]

On remarquera que le président Adams ne soutient pas que l'objet des réunions plénières de la Commission est de réaliser l'uniformité absolue des décisions prises par les différents bancs dans des situations de fait semblables. Le président Adams reconnaît qu' [TRADUCTION] «aucun banc de la Commission ne peut en lier un autre par sa décision» (à la p. 2001). Les méthodes utilisées à ces réunions pour débattre des questions de politique traduisent la nécessité de préserver une ambiance où chaque commissaire présent garde la liberté de se former une opinion sur une question précise et de sauvegarder la responsabilité ultime des membres de chaque banc à l'égard de la décision finale. Ainsi, le président Adams affirme, à la p. 2002, qu'aux réunions plénières de la Commission les discussions se limitent aux questions de politique, que les faits de chaque cas sont tenus pour avérés et qu'on ne prend pas de vote, ni de présence:

[TRADUCTION] 8. Après avoir délibéré sur un avant-projet de décision, un banc qui envisage de trancher une question importante de politique peut faire convoquer, par l'intermédiaire du président, une réunion plénière des membres et des vice-présidents pour leur faire part

make. These “Full Board” meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province. But this institutional purpose is subject to the clear understanding that it is for the panel hearing the case to make the ultimate decision and that discussion at a “Full Board” meeting is limited to the policy implications of a draft decision. The draft decision of a panel is placed before those attending the meeting by the panel and is explained by the panel members. The facts set out in the draft are taken as given and do not become the subject of discussion. No vote is taken at these meetings nor is any other procedure employed to identify a consensus. The meetings invariably conclude with the Chairman thanking the members of the panel for outlining their problem to the entire Board and indicating that all Board members look forward to that panel’s final decision whatever it might be. No minutes are kept of such meetings nor is actual attendance recorded. [Emphasis added.]

At page 2004 of his reasons, Chairman Adams confirmed that the impugned meeting was held in accordance with the above-mentioned rules.

Finally, Chairman Adams rejected the idea that full board meetings could have an overbearing effect on the panel members’ capacity to decide the issues at hand in accordance with their opinion, at p. 2003:

10. The respondent’s submission is really attempting to probe the mental processes of the panel which rendered the decision in question and in so doing ignores the inherent nature of judicial decision-making and administrative law making In general, the deliberations of this panel were not unlike those engaged in by a judge sitting in court. The “Full Board” meeting, to the extent there is no judicial analogy, distinguishes an administrative agency from somewhat more individual common law judging. But, as an extra-record event, “Full Board” meetings are in substance no different than the post-hearing consultation of a judge with his law clerks or the informal discussions that inevitably occur between brother judges. Such meetings, we also suggest, have no greater or lesser effect than a judge’s post-hearing read-

de la question soulevée et de la décision que le banc favorise. Ces réunions plénières ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l’ensemble des commissaires l’évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l’économie de la province. Cependant, cet objet institutionnel est assujéti au principe accepté de tous qu’il appartient au banc qui entend l’affaire de prendre la décision ultime et que les débats à la réunion plénière de la Commission se limitent aux conséquences en matière de politique d’un avant-projet de décision. L’avant-projet de décision d’un banc est soumis à la réunion par le banc lui-même et expliqué par les commissaires qui le composent. Les faits mentionnés dans l’avant-projet de décision sont tenus pour avérés et ne font pas l’objet de discussions. Aucun vote n’est pris lors de ces réunions et aucune autre procédure n’est utilisée pour vérifier s’il y a consensus. Le président clôt toujours ces réunions en remerciant les commissaires composant le banc d’avoir exposé leur problème à toute la Commission et en disant que tous les commissaires attendront avec impatience la décision du banc quelle qu’elle puisse être. Il n’y a pas de procès-verbal de ces réunions ni de prise de présences. [Je souligne.]

À la page 2004 de ses motifs, le président Adams confirme que la réunion contestée a été tenue selon les règles ci-dessus mentionnées.

Enfin, le président Adams rejette l’idée que les réunions plénières de la Commission puissent avoir une influence impérieuse sur la capacité des membres du banc de trancher selon leur opinion les questions soulevées. Il dit, à la p. 2003:

[TRADUCTION] 10. L’argument de l’intimé cherche réellement à déterminer le cheminement mental du banc qui a rendu la décision visée et, ce faisant, il ne tient pas compte de la nature propre du processus décisionnel judiciaire et des décisions de droit administratif. [. . .] De manière générale, les délibérations de ce banc n’ont pas différé de celles d’un juge appelé à rendre une décision judiciaire. La réunion plénière de la Commission, dans la mesure où il n’y a pas d’équivalent en matière judiciaire, différencie un organisme administratif du processus quelque peu plus individualiste de jugement en common law. Cependant, à titre d’événement officieux, les réunions plénières de la Commission ne diffèrent pas substantiellement des consultations que mène un juge après l’audience, avec ses recherchistes ou des discussions informelles qui surviennent inévitablement entre collègues juges. Ces réunions, à notre avis, n’ont ni plus, ni moins d’influence que la consultation

ing of reports and periodicals which may not have been cited or relied on by the advocates.

It follows that the full board meetings held by the Board are designed to promote discussion on important policy issues and to provide an opportunity for members to share their personal experiences in the regulation of labour relations. There is no evidence that the particular meeting impugned in this case was used to impose any given opinion upon the members of the panel or that the spirit of discussion and exchange sought through those meetings was not present during those deliberations. Moreover, three sets of reasons were issued by the members of the panel, one member dissenting in part while another dissented on the principal substantive issue at stake in this case. If this meeting had been held for the purpose of imposing policy directives on the members of the panel, it certainly did not meet its objective.

Incidentally, the record does not disclose the identity of all the persons who attended the impugned meeting. In his affidavit, Mr. Gordon, counsel for the appellant before the Board, describes the events which led him to conclude that a full board meeting was taking place; he also lists the persons whom he saw entering or leaving the room where the meeting took place. This affidavit does disclose that Mr. Wightman was seen leaving the room in which the meeting was held but there is no evidence that the other members of the panel did attend the meeting. However, the Board's decision on the motion for reconsideration indicates that all members of the panel attended the meeting.

II—Decisions of the Courts Below

Of the two decisions rendered by the Board in this case, only the reconsideration decision is relevant since it alone deals with the issue of the legality of the practice of holding full board meetings on important policy issues. The Board decided that the practice of holding full board meetings on policy issues does not breach principles of natural justice because of its tripartite nature, the manner in which they are conducted and because of the institutional requirements which they serve.

que le juge fait après l'audition de jurisprudence ou de doctrine que les avocats n'ont ni invoquée, ni citée.

Il s'ensuit que les réunions plénières que tient la Commission sont conçues pour favoriser la discussion d'importantes questions de politique et donner aux commissaires l'occasion de mettre en commun leur expérience en matière de relations de travail. Il n'y a rien qui indique que la réunion visée en l'espèce ait servi à imposer une opinion quelconque aux membres du banc ou que l'esprit de discussion et d'échange que ces réunions cherchent à favoriser n'ait pas prévalu au cours de ces délibérations. De plus, chacun des trois commissaires qui composaient le banc a rédigé des motifs, l'un d'eux étant dissident en partie alors qu'un autre était dissident sur la principale question de fond à trancher en l'espèce. Si cette réunion avait été tenue pour imposer aux membres du banc des directives en matière de politique, elle n'a certes pas atteint son objectif.

Soit dit en passant, le dossier n'identifie pas tous ceux qui ont assisté à la réunion contestée. Dans son affidavit, M^e Gordon, l'avocat de l'appelante à l'audience devant la Commission, relate les événements qui l'ont amené à conclure qu'une réunion plénière avait lieu; il fournit aussi les noms des personnes qu'il a vu entrer et sortir de la pièce où se déroulait la réunion. Cet affidavit mentionne qu'on a vu M. Wightman sortir de la pièce où la réunion se déroulait, mais il n'y a aucune preuve que les autres membres du banc ont assisté à la réunion. Cependant, la décision de la Commission sur la demande de réexamen indique que tous les membres du banc ont assisté à la réunion.

h II—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Des deux décisions rendues par la Commission en l'espèce, seule la décision relative à la demande de réexamen est pertinente puisqu'elle seule porte sur la légalité de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique importantes. La Commission a statué que sa pratique de tenir des réunions plénières sur des questions de politique ne viole pas les principes de justice naturelle à cause de sa nature tripartite, de la manière dont les réunions sont tenues et à cause

According to Chairman Adams, with whom Messrs. Lee and Wightman concurred, ss. 102 and 103 of the *Labour Relations Act* create a procedural framework based on panels composed of three members and the high number of cases handled by the Board creates the necessity to have a large number of full-time and part-time members and, therefore, a wide variety of panels. Such institutional constraints create the necessity to provide a mechanism which would promote a maximum amount of coherence in Board decisions. In essence, the Board decided that full board meetings are a necessary component of decision making within the procedural framework of the *Labour Relations Act* and that they do not breach the principles of natural justice.

In the Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481, Rosenberg J., with whom J. Holland J. concurred, allowed the appellant's application for judicial review on the basis that the impugned full board meeting allowed persons who did not hear the evidence to "participate" in the decision even though they did not vote. Rosenberg J. adopted the recommendations of the McRuer Report entitled *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3, 1971, which dealt specifically with the Board and recommended that the parties be notified and given an opportunity to be heard whenever important policy issues must be dealt with by the entire Board, at pp. 2205-06:

In Report Number 1 we pointed out that no person should participate in a decision of a judicial tribunal who was not present at the hearing and heard and considered the evidence and that all persons who had heard and considered the evidence should participate in the decision.

The practice we have outlined violates that principle. To take a matter before the full Board for a discussion and obtain the views of others who have not participated in the hearing and without the parties affected having an opportunity to present their views is a violation of the principle that he who decides must hear.

des exigences institutionnelles auxquelles elles répondent. Selon le président Adams, aux motifs duquel les commissaires Lee et Wightman ont souscrit, les art. 102 et 103 de la *Loi sur les relations de travail* établissent un système de procédure fondé sur des bancs de trois commissaires et le grand nombre d'affaires traitées par la Commission est à l'origine de la nécessité d'avoir un grand nombre de commissaires à temps plein et à temps partiel et, en conséquence, d'avoir un grand nombre de bancs. Ces contraintes institutionnelles sont à l'origine de la nécessité de fournir un mécanisme qui favorise la plus grande cohérence possible des décisions de la Commission. Essentiellement, la Commission a jugé que ses réunions plénières sont une composante nécessaire de son processus décisionnel à l'intérieur du système de procédure établi par la *Loi sur les relations de travail* et qu'elles ne violent pas les principes de justice naturelle.

En Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481, le juge Rosenberg, aux motifs duquel le juge J. Holland a souscrit, a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'appelante pour le motif que la réunion plénière contestée de la Commission a permis à des personnes qui n'avaient pas entendu la preuve de «participer» à la décision même s'ils n'avaient pas voté. Le juge Rosenberg a suivi les recommandations du rapport McRuer de la *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, rapport n° 3, 1971, qui visait précisément la Commission et qui portait qu'il y a lieu d'aviser les parties et de leur donner la possibilité d'être entendues chaque fois que la Commission au complet doit débattre d'importantes questions de politique, aux pp. 2205 et 2206:

[TRADUCTION] Dans le rapport numéro 1, nous avons souligné que nul ne devrait participer à la décision d'un tribunal judiciaire s'il n'a pas été présent à l'audition et s'il n'a pas entendu et examiné la preuve et que toutes les personnes qui ont entendu et examiné la preuve devraient participer à la décision.

La pratique que nous avons exposée viole ce principe. Le fait de porter une affaire à la connaissance de toute la Commission pour en débattre et obtenir l'avis de personnes qui n'ont pas participé à l'audition sans que les parties touchées aient la possibilité d'exprimer leur avis constitue une violation du principe selon lequel celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue.

Notwithstanding that the ultimate decision is made by those who were present at the hearing, where a division of the Board considers that a matter should be discussed before the full Board or a larger division, the parties should be notified and given an opportunity to be heard.

The majority stated, at pp. 491-92, that the practice of holding full board meetings creates situations where members who did not hear the evidence can have an influence over the result as well as situations where arguments are proposed by persons attending the meeting without giving the parties the opportunity to respond:

Chairman Shaw [*sic*] states in his reasons that the final decision was made by the three members who heard evidence and argument. He cannot be heard to state that he and his fellow members were not influenced by the discussion at the full board meeting. The format of the full board meeting made it clear that it was important to have input from other members of the board who had not heard the evidence or argument before the final decision was made. The tabling of the draft decision to all of the members of the board plus all of the support staff involved a substantial risk that opinions would be advanced by others and arguments presented. It is probable that some of the people involved in the meeting would express points of view. The full board meeting was only called when important questions of policy were being considered. Surely, the discussion would involve policy reasons why s. 15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence. The parties to the dispute would have no way of knowing what was being said in these discussions and no opportunity to respond. [Emphasis added.]

Rosenberg J. then added at p. 492 that factual issues are necessarily built into policy issues since it is impossible, in his opinion, to decide factual issues without a prior determination of the legal standards applicable to them.

Malgré que la décision ultime soit prise par ceux qui ont assisté à l'audition, quand une section de la Commission juge nécessaire qu'une affaire soit débattue devant l'ensemble de la Commission ou une section plus grande, il faudrait en prévenir les parties et leur donner la possibilité d'être entendues.

La majorité a affirmé, aux pp. 491 et 492, que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières crée des situations où des commissaires qui n'ont pas entendu la preuve peuvent influencer la décision, de même que des situations où des personnes présentes à la réunion soumettent des arguments sans que les parties aient la possibilité d'y répondre:

[TRADUCTION] Le président Shaw [*sic*] affirme dans ses motifs que la décision définitive a été arrêtée par les trois commissaires qui avaient entendu la preuve et les plaidoiries. Il ne peut valablement affirmer que lui-même et ses collègues membres du tribunal n'ont pas été influencés par le débat survenu lors de la réunion plénière de la Commission. La façon dont s'est déroulée la réunion plénière de la Commission laisse voir qu'il était important d'avoir l'avis des autres commissaires qui n'avaient entendu ni la preuve ni les plaidoiries avant de prendre une décision finale. La présentation de l'avant-projet de décision à tous les commissaires et à tout le personnel de soutien comportait un risque sérieux que d'autres personnes soumettent leur avis et fassent valoir des arguments. Il est probable que certaines des personnes présentes à la réunion ont exprimé leur avis. Il n'y avait convocation d'une réunion plénière de la Commission que s'il y avait des questions de politique importantes à débattre. La discussion a certainement porté sur les raisons de principe de donner à l'art. 15 une interprétation libérale ou une interprétation restreinte. Les commissaires ou le personnel de soutien ont pu faire part d'informations tirées de leur expérience pratique, ce qui pourrait équivaloir à présenter des éléments de preuve. Les parties au litige n'avaient aucun moyen de savoir ce qui se disait dans ce débat, ni aucune possibilité de répliquer. [Je souligne.]

Le juge Rosenberg a alors ajouté, à la p. 492, que les questions de fait sont nécessairement imbriquées dans les questions de politique puisqu'il est impossible, à son avis, de statuer sur des questions de fait sans d'abord déterminer les normes juridiques qui leur sont applicables.

Osler J. dissented on the basis that there is no authority prohibiting decision makers acting in a judicial capacity to engage in either formal or informal discussions with their colleagues concerning policy issues at stake in a case standing for judgment. Full board meetings are merely a formalized method of seeking the opinion of colleagues on policy issues. In fact, this practice is desirable given the importance of achieving a high degree of coherence in Board decisions. Osler J. also noted that the tripartite procedural framework imposed by the *Labour Relations Act* made it necessary to resort to full board meetings as a means of achieving such coherence. Finally, Osler J. held that the record in this case does not indicate that either new evidence was heard during the impugned meeting or that new ideas requiring a reply from the parties were discussed during this meeting. The policy alternatives had all been proposed by the parties during argument and Chairman Adams' decision as well as Mr. Wightman's dissent simply adopted one of the alternatives.

The Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513, unanimously allowed the appeal for the reasons set out in Osler J.'s dissent. Cory J.A. (as he then was) added that the following limitations on the practice of holding full board meetings on policy issues must be observed by the Board, at p. 517:

It must be stressed, however, and indeed it was conceded by the appellants, that if new evidence was considered by the entire Board during its discussion, then both parties would have to be recalled, advised of the new evidence and given full opportunity to respond to it in whatever manner they deemed appropriate. In the absence of the introduction of fresh material, the evidence must be taken as found in the draft reasons for the purposes of the full Board discussions.

As in any judicial or quasi-judicial proceeding, the panel should not decide the matter upon a ground not raised at the hearing without giving the parties an opportunity for argument. It is also an inflexible rule that while the panel may receive advice there can be no participation by other members of the Board in the final decision.

Le juge Osler a exprimé une dissidence en faisant valoir qu'il n'y a aucun précédent qui interdise aux décideurs qui agissent à titre judiciaire de mener des discussions officielles ou officieuses avec leurs collègues au sujet des questions de politique soulevées par une affaire en instance. Les réunions plénières de la Commission constituent simplement un moyen formel de demander l'avis de collègues sur des questions de politique. En réalité, cette pratique est souhaitable à cause de l'importance d'avoir des décisions de la Commission très cohérentes. Le juge Osler a aussi fait remarquer que le système de procédure tripartite qu'impose la *Loi sur les relations de travail* rend nécessaire le recours aux réunions plénières de la Commission comme moyen de réaliser cette cohérence. Enfin, le juge Osler a statué que le dossier en l'espèce n'indique pas que, pendant la réunion contestée, on a présenté de nouveaux éléments de preuve ou fait valoir de nouvelles idées exigeant une réplique des parties. Les choix de politique possibles avaient tous été proposés par les parties pendant leurs plaidoiries et le président Adams dans sa décision et le commissaire Wightman dans sa dissidence n'avaient fait qu'adopter un de ces choix.

La Cour d'appel (1986), 56 O.R. (2d) 513, a accueilli à l'unanimité l'appel pour les motifs énoncés par le juge Osler dans sa dissidence. Le juge Cory (alors juge de la Cour d'appel) a ajouté que la Commission devrait respecter les conditions suivantes quand elle tient des réunions plénières au sujet de questions de politique, à la p. 517:

[TRADUCTION] Il faut souligner cependant, ce que les appelants ont reconnu, que si, pendant sa réunion plénière, la Commission examine de nouveaux éléments de preuve, il faut rappeler les deux parties, leur faire part des nouveaux éléments de preuve et leur donner entière possibilité de répliquer de la manière qu'elles jugent appropriée. En l'absence de tout nouvel élément de preuve, la preuve exposée dans l'avant-projet de décision doit être tenue pour avérée pour les fins de discussion à la réunion plénière de la Commission.

Comme dans toute procédure judiciaire ou quasi judiciaire, le banc ne doit pas fonder sa décision sur un moyen non soulevé à l'audience sans donner aux parties la possibilité de présenter leurs arguments. Il existe également une règle stricte selon laquelle, bien que le banc puisse recevoir des avis, aucun autre membre de la Commission ne peut participer à la décision finale.

It was therefore the view of the Court of Appeal that, while some precautions are necessary in the use of any formalized consultation process, the full board meeting procedure described by Chairman Adams does not violate any principle of natural justice.

III—Analysis

(a) Introduction

It is useful to begin with a summary of the arguments submitted by the parties. The appellant argues that the practice of holding full board meetings on policy issues constitutes a breach of a rule of natural justice appropriately referred to as “he who decides must hear”. According to the appellant’s version of this rule, a decision maker must not be placed in a situation where he can be “influenced” by persons who have not heard the evidence or the arguments. Thus, the appellant’s position is that panel members must be totally shielded from any discussion which may cause them to change their minds even if this change of opinion is honest, because the possibility of undue pressure by other Board members is too ominous to be compatible with principles of natural justice. The appellant also claims that full board meetings do not provide the parties with an adequate opportunity to answer arguments which may be voiced by Board members who have not heard the case.

It is important to note at the outset that the appellant’s arguments raise issues with respect to two important and distinct rules of natural justice. It has often been said that these rules can be separated in two categories, namely “that an adjudicator be disinterested and unbiased (*nemo iudex in causa sua*) and that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard (*audi alteram partem*)”: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 156; see also Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at pp. 148-49. While the appellant does not claim that the panel was biased, it does claim that full board meetings may prevent a panel member from deciding the topic of discussion freely and independently

La Cour d’appel a donc été d’avis que, bien que certaines précautions s’imposent lorsqu’on a recours à un processus formel de consultation, la procédure de réunion plénière de la Commission décrite par le président Adams ne porte atteinte à aucun principe de justice naturelle.

III—Analyse

b a) Introduction

Il convient de commencer par résumer les arguments des parties. L’appelante soutient que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique viole la règle de justice naturelle dite «celui qui tranche une affaire doit l’avoir entendue». D’après l’interprétation que l’appelante donne à cette règle, un décideur ne doit pas se trouver dans une situation où il peut être «influencé» par des personnes qui n’ont pas entendu la preuve ni les plaidoiries. Donc, l’appelante soutient que les commissaires qui composent un banc doivent être totalement à l’abri de toute discussion qui pourrait les amener à changer d’avis, même si ce changement d’avis est sincère, parce que le risque de pression indue de la part des autres commissaires est trop grand pour être compatible avec les principes de justice naturelle. L’appelante soutient encore que les réunions plénières de la Commission ne fournissent pas aux parties une possibilité suffisante de répondre aux arguments que des commissaires qui n’ont pas entendu la preuve peuvent y faire valoir.

Il importe de souligner dès le début que les arguments de l’appelante soulèvent des questions relativement à deux règles importantes, mais distinctes, de justice naturelle. On a souvent dit que ces règles peuvent se répartir en deux catégories, savoir [TRADUCTION] «que le décideur doit être désintéressé et impartial (*nemo iudex in causa sua*) et que les parties doivent recevoir un préavis suffisant et avoir la possibilité d’être entendues (*audi alteram partem*)»: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), à la p. 156; voir également Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), aux pp. 148 et 149. Bien que l’appelante ne soutienne pas que le banc a été partial, elle soutient que les réunions plénières de la Commis-

from the opinions voiced at the meeting. Independence is an essential ingredient of the capacity to act fairly and judicially and any procedure or practice which unduly reduces this capacity must surely be contrary to the rules of natural justice.

The respondent union argues that the practice of holding full board meetings on important policy issues is one which is justified for the reasons set forth by Chairman Adams in the reconsideration decision quoted previously.

Before embarking on an analysis of these arguments, one should keep in mind the difference between a full board meeting and a full board hearing: a full board hearing is simply a normal hearing where representations are made by both parties in front of an enlarged panel comprised of all the members of the Board in the manner prescribed by s. 102 of the *Labour Relations Act*; on the other hand, a full board meeting does not entail representations by the parties since they are not invited to or even notified of the meeting. The procedure recommended by the McRuer Report is somewhat different in that it entails the presence of the parties at an informal meeting where they would have the right to answer the arguments raised by members of the Board. In this case, the parties have not made any arguments on the relative virtues of these procedures and have restricted their arguments to the legality of the full board meeting procedure in relation to the rules of natural justice.

I agree with the respondent union that the rules of natural justice must take into account the institutional constraints faced by an administrative tribunal. These tribunals are created to increase the efficiency of the administration of justice and are often called upon to handle heavy caseloads. It is unrealistic to expect an administrative tribunal such as the Board to abide strictly by the rules applicable to courts of law. In fact, it has long been recognized that the rules of natural justice do

sion peuvent empêcher un membre du banc de se prononcer sur le sujet des discussions de façon libre et indépendante des opinions exprimées lors de la réunion. L'indépendance est un élément essentiel de la capacité d'agir avec équité et de façon judiciaire et toute procédure ou pratique qui mine indûment cette capacité doit certainement être contraire aux règles de justice naturelle.

Le syndicat intimé soutient que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique importantes est justifiée pour les motifs énoncés par le président Adams dans la décision relative à la demande de réexamen déjà citée.

Avant d'entreprendre l'analyse de ces arguments, il faut se rappeler la différence qui existe entre une réunion plénière de la Commission et une audience plénière de la Commission: une audience plénière de la Commission est tout simplement une audience normale au cours de laquelle les deux parties plaident devant un banc élargi composé de tous les membres de la Commission, de la manière prescrite par l'art. 102 de la *Loi sur les relations de travail*; par contre, une réunion plénière ne comporte pas de plaidoiries par les parties puisque celles-ci ne sont pas invitées à participer à la réunion, ni même avisées de sa tenue. La procédure que recommande le rapport McRuer est quelque peu différente parce qu'elle comporte la présence des parties à une réunion officieuse à laquelle celles-ci auraient le droit de répondre aux arguments soulevés par les commissaires. En l'espèce, les parties n'ont pas abordé le mérite relatif de ces procédures et ont limité leurs plaidoiries à la légalité de la procédure de réunions plénières de la Commission eu égard aux règles de justice naturelle.

Je suis d'accord avec le syndicat intimé que les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis. Ces tribunaux sont constitués pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et doivent souvent s'occuper d'un grand nombre d'affaires. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un tribunal administratif comme la Commission observe strictement toutes les règles applicables aux tribunaux judiciaires. De

not have a fixed content irrespective of the nature of the tribunal and of the institutional constraints it faces. This principle was reiterated by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

2. As a constituent of the autonomy it enjoys, the tribunal must observe natural justice which, as Harman L.J. said, [*Ridge v. Baldwin*, at p. 850] is only "fair play in action". In any particular case, the requirements of natural justice will depend on "the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter which is being dealt with, and so forth": per Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk*, at p. 118. To abrogate the rules of natural justice, express language or necessary implication must be found in the statutory instrument. [Emphasis added.]

The main issue is whether, given the importance of the policy issue at stake in this case and the necessity of maintaining a high degree of quality and coherence in Board decisions, the rules of natural justice allow a full board meeting to take place subject to the conditions outlined by the Court of Appeal and, if not, whether a procedure which allows the parties to be present, such as a full board hearing, is the only acceptable alternative. The advantages of the practice of holding full board meetings must be weighed against the disadvantages involved in holding discussions in the absence of the parties.

(b) *The Consequences of the Institutional Constraints Faced by the Board*

The *Labour Relations Act* has entrusted the Board with the responsibility of fostering harmonious labour relations through collective bargaining, as appears clearly in the preamble of the Act:

WHEREAS it is in the public interest of the Province of Ontario to further harmonious relations between employers and employees by encouraging the practice and procedure of collective bargaining between employers and trade unions as the freely designated representatives of employees.

fait, il est admis depuis longtemps que les règles de justice naturelle n'ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a réitéré ce principe dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

2. En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle qui, comme l'a dit le lord juge Harman [dans] *Ridge v. Baldwin*, à la p. 850, équivaut simplement [TRADUCTION] «à jouer franc jeu». Dans chaque cas, les exigences de la justice naturelle varient selon [TRADUCTION] «les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.»: le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, à la p. 118. Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens. [Je souligne.]

La question principale est de savoir si, vu l'importance de la question de politique en cause en l'espèce et la nécessité de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans les décisions de la Commission, les règles de justice naturelle permettent la tenue d'une réunion plénière de la Commission sous réserve des conditions exposées par la Cour d'appel et, dans la négative, si une procédure qui permet aux parties d'être présentes, telle une audience plénière de la Commission, est la seule autre solution acceptable. Il faut soupeser les avantages de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières en regard des inconvénients que comporte la tenue de débats en l'absence des parties.

b) *Les conséquences des contraintes institutionnelles auxquelles la Commission est soumise*

La *Loi sur les relations de travail* confie à la Commission la responsabilité de faciliter les bonnes relations de travail par la négociation collective, comme le stipule expressément le préambule de la Loi:

ATTENDU qu'il est dans l'intérêt public de la province de l'Ontario de faciliter les bonnes relations entre employeurs et employés en favorisant le recours à la négociation collective entre les employeurs et les syndicats à titre de représentants librement choisis des employés.

The Board has been granted the powers thought necessary to achieve this task, not the least of which is the power to decide in a final and conclusive manner all matters which fall within its jurisdiction: s. 106(1) of the *Labour Relations Act*. As was stated by Chairman Adams in his reconsideration decision, the Board has also been given very broad discretionary powers as is the case with the power to determine what constitutes “bargaining in good faith” (s. 15).

The immensity of the task entrusted to the Board should not be underestimated. As Chairman Adams wrote in the reconsideration decision, the Board had a caseload of 3189 cases to handle in 1982-83 and employed 12 full-time chairman and vice-chairmen, 4 part-time vice-chairmen, 10 full-time Board members representing labour and management as well as another 22 part-time Board members to hear and decide those cases. The Board’s full-time chairman and vice-chairmen have an average caseload of 266 cases per year. Moreover, the tripartite nature of the Board makes it necessary to have an equal representation from management and labour unions on each panel as appears clearly from s. 102 of the *Labour Relations Act*:

102.—(1) The Ontario Labour Relations Board is continued.

(2) The Board shall be composed of a chairman, one or more vice-chairmen and as many members equal in number representative of employers and employees respectively as the Lieutenant Governor in Council considers proper, all of whom shall be appointed by the Lieutenant Governor in Council.

(9) The chairman or a vice-chairman, one member representative of employers and one member representative of employees constitute a quorum and are sufficient for the exercise of all the jurisdiction and powers of the Board.

(11) The decision of the majority of the members of the Board present and constituting a quorum is the

La Commission a reçu, en vertu du par. 106(1) de la *Loi sur les relations de travail*, les pouvoirs jugés nécessaires pour accomplir cette tâche dont celui, qui n’est pas le moindre, de rendre, au sujet de toute question qui relève de sa compétence, des décisions finales et définitives. Comme l’affirme le président Adams dans sa décision sur la demande de réexamen, la Commission a aussi reçu des pouvoirs discrétionnaires très étendus, notamment celui de déterminer ce que comporte une «négociation de bonne foi» (art. 15).

Il ne faut pas sous-estimer l’ampleur de la tâche assignée à la Commission. Comme le président Adams l’a écrit dans la décision relative à la demande de réexamen, la Commission a eu 3 189 affaires à traiter durant l’exercice 1982-1983 et elle comptait, outre le président, 11 vice-présidents à plein temps, 4 vice-présidents à temps partiel, 10 commissaires permanents représentant les employés et les employeurs ainsi que 22 autres commissaires à temps partiel pour entendre et trancher ces affaires. Le président et les vice-présidents à plein temps ont en moyenne 266 affaires par année à entendre. De plus, la nature tripartite de la Commission fait en sorte qu’elle doit compter un nombre égal de représentants des employeurs et des syndicats sur chaque banc, comme le stipule clairement l’art. 102 de la *Loi sur les relations de travail*:

102 (1) La Commission des relations de travail de l’Ontario demeure en fonction.

(2) La Commission se compose d’un président, d’un ou plusieurs vice-présidents et des autres membres répartis en un nombre égal de représentants des employeurs et de représentants des employés que le lieutenant-gouverneur en conseil juge nécessaires. Ces personnes sont nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(9) Le président ou un vice-président, un membre représentant les employeurs et un membre représentant les employés constituent le quorum et peuvent exercer les attributions de la Commission.

(11) La décision de la majorité des membres de la Commission présents qui constitue le quorum est la

decision of the Board, but, if there is no majority, the decision of the chairman or vice-chairman governs.

The rules governing the quorum of any panel of the Board are especially suited for panels of three although they do not appear to prevent the formation of a larger panel. However, even if the *Labour Relations Act* allows full board hearings, such a procedure would not necessarily be practical every time an important policy issue is at stake.

Indeed, it is apparent from the size of the Board's caseload and from the number of persons which would sit on such an enlarged panel that holding full board hearings is a highly impractical way of solving important policy issues. Furthermore, the difficulties involved in setting up a panel comprised of an equal number of management and labour representatives and in scheduling such a meeting are also obvious when one takes into consideration the large number of Board members who would have to be present. In fact, one wonders whether it is really possible to call a full board hearing every time an important policy issue arises. The solution proposed in the McRuer Report, i.e., allowing the parties to be present and to answer the arguments made at the meeting, would entail similar difficulties since their presence would necessitate some formal procedure and involve organizational difficulties as well.

The first rationale behind the need to hold full board meetings on important policy issues is the importance of benefiting from the acquired experience of all the members, chairman and vice-chairmen of the Board. Moreover, the tripartite nature of the Board makes it even more imperative to promote exchanges of opinions between management and union representatives. As was pointed out clearly by Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, the primary purpose of the creation of

décision de la Commission. Si aucune majorité ne se dégage, le président ou le vice-président a voix prépondérante.

Les règles régissant le quorum d'un banc de la Commission conviennent particulièrement bien à des bancs de trois personnes même si elles ne paraissent pas interdire la constitution de bancs composés d'un plus grand nombre de commissaires. Cependant, même si la *Loi sur les relations de travail* autorise les audiences plénières de la Commission, une telle procédure ne serait pas forcément pratique dans tous les cas où il se présente une question de politique importante.

En réalité, il ressort manifestement du nombre d'affaires soumises à la Commission et du nombre de personnes qui participeraient à ces bancs élargis que la tenue d'audiences plénières de la Commission constitue une façon très peu pratique de résoudre des questions de politique importantes. De plus, les difficultés que présenteraient la constitution d'un banc composé d'un nombre égal de représentants des employeurs et des employés et la fixation de la date de cette réunion ressortent clairement si on considère le grand nombre de commissaires qui devraient être présents. En fait, on se demande même s'il est vraiment possible de convoquer une audience plénière de la Commission chaque fois qu'il y a une importante question de politique à débattre. La solution préconisée dans le rapport McRuer, c'est-à-dire celle d'autoriser les parties à assister à la réunion et à répliquer aux arguments qui y sont avancés, comporterait des difficultés semblables puisque la présence des parties exigerait une procédure formelle quelconque et susciterait aussi des difficultés d'organisation.

La première raison pour laquelle il est nécessaire de tenir des réunions plénières de la Commission au sujet des questions de politique majeures tient à l'importance de bénéficier de l'expérience acquise de tous les commissaires, y compris le président et les vice-présidents de la Commission. De plus, la nature tripartite de la Commission rend encore plus impérieux de favoriser les échanges d'avis entre les représentants des employeurs et ceux des syndicats. Comme le souligne clairement le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique*,

administrative bodies such as the Ontario Labour Relations Board is to confer a wide jurisdiction to solve labour disputes on those who are best able, in light of their experience, to provide satisfactory solutions to these disputes, at pp. 235-36:

Section 101 constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The rules of natural justice should not discourage administrative bodies from taking advantage of the accumulated experience of its members. On the contrary, the rules of natural justice should in their application reconcile the characteristics and exigencies of decision making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties.

The second rationale for the practice of holding full board meetings is the fact that the large number of persons who participate in Board decisions creates the possibility that different panels will decide similar issues in a different manner. It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] "difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one": Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 R.D.U.S. 591, at p.

section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236, le but premier de la constitution des organismes administratifs comme la Commission des relations de travail de l'Ontario est d'attribuer une compétence générale pour régler les différends du travail à ceux qui sont le plus en mesure, à cause de leur expérience, de trouver des solutions satisfaisantes à ces différends:

a L'article 101 révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les règles de justice naturelle ne devraient pas dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres. Au contraire, les règles de justice naturelle devraient, par leur application, concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure.

La seconde raison d'être de la pratique de tenir des réunions plénières de la Commission tient au fait que le grand nombre de personnes qui participent aux décisions de la Commission crée un risque que des bancs différents rendent des décisions divergentes sur des questions semblables. Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait «difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible»: Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et syn-*

632. Given the large number of decisions rendered in the field of labour law, the Board is justified in taking appropriate measures to ensure that conflicting results are not inadvertently reached in similar cases. The fact that the Board's decisions are protected by a privative clause (s. 108) makes it even more imperative to take measures such as full board meetings in order to avoid such conflicting results. At the same time, the decision of one panel cannot bind another panel and the measures taken by the Board to foster coherence in its decision making must not compromise any panel member's capacity to decide in accordance with his conscience and opinions.

A full board meeting is a forum for discussion which, in Cory J.A.'s words (as he then was) is "no more than an amplification of the research of the hearing panel carried out before they delivered their decision" (at p. 517). Like many other judicial practices, however, full board meetings entail some imperfections, especially with respect to the opportunity to be heard and the judicial independence of the decision maker, as is correctly pointed out by Professors Blache and Comtois in "La décision institutionnelle" (1986), 16 *R.D.U.S.* 645, at pp. 707-8:

[TRANSLATION] There are advantages and disadvantages to institutionalizing the decision-making process. The main advantages with which it is credited are increasing the efficiency of the organization as well as the quality and consistency of decisions. It is felt that institutional decisions tend to promote the equal treatment of individuals in similar circumstances, increase the likelihood of better quality decisions and lead to a better allocation of resources. Against this it is feared that institutionalization creates a danger of the introduction, without the parties' knowledge, of evidence and ideas obtained extraneously and reduces the decision maker's personal responsibility for the decision to be made.

The question before this Court is whether the disadvantages involved in this practice are sufficiently important to warrant a holding that it

thèse (1986), 16 *R.D.U.S.* 591, à la p. 632. Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables. Puisque les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative (l'art. 108), il est encore plus impérieux de recourir à des mesures comme les réunions plénières de la Commission pour éviter ces solutions incompatibles. En même temps, la décision d'un banc ne saurait lier un autre banc et les mesures prises par la Commission pour favoriser la cohérence de ses décisions ne doivent pas entraver la capacité de chacun des membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions.

Une réunion plénière de la Commission est un lieu de discussion qui, selon l'expression du juge Cory (alors juge de la Cour d'appel,) ne constitue [TRADUCTION] «rien de plus qu'un approfondissement de la recherche à laquelle procède le banc qui entend une affaire avant de rendre sa décision» (à la p. 517). Cependant, comme bien d'autres pratiques judiciaires, les réunions plénières de la Commission comportent certaines imperfections, notamment en ce qui concerne la possibilité pour les parties d'être entendues et l'indépendance du décideur, comme le soulignent avec justesse les professeurs Blache et Comtois dans «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645, aux pp. 707 et 708:

L'institutionnalisation du processus décisionnel présente des avantages et des inconvénients. Les principaux avantages qui lui sont imputés sont d'accroître l'efficacité de l'organisme ainsi que la cohérence et la qualité des décisions. La décision institutionnelle est, croit-on, susceptible de favoriser l'égalité de traitement d'individus se trouvant dans des situation similaires, de maximiser la possibilité de rendre des décisions d'une qualité supérieure, et de favoriser une meilleure affectation des ressources. On craint par contre que l'institutionnalisation ne risque d'encourager l'introduction, à l'insu des parties, de preuve et d'idées obtenues hors instance et d'entraîner la diminution de la responsabilité personnelle du décideur face à la décision à rendre.

La question dont est saisie notre Cour est de savoir si les inconvénients que cette pratique comporte sont assez importants pour conclure qu'elle consti-

constitutes a breach of the rules of natural justice or whether full board meetings are consistent with these rules provided that certain safeguards be observed.

(c) *The Judicial Independence of Panel Members in the Context of a Full Board Meeting*

The appellant argues that persons who did not hear the evidence or the submissions of the parties should not be in a position to “influence” those who will ultimately participate in the decision, i.e., vote for one side or the other. The appellant cites the following authorities in support of its argument: *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at p. 351; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, at pp. 715 and 717; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148 (Ont. H.C.), at pp. 161-64; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385 (Ont. H.C.), at pp. 394-95; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (Ont. C.A.), at pp. 382-83; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.), at pp. 53-55; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, at p. 594; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484 (P.E.I.S.C.), at p. 499; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362 (C.A.), at p. 371; *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3, c. 124, at pp. 2004-5. In all those decisions with the exception of *Re Rogers*, some of the members of the panel which rendered the impugned decision had not heard all the evidence or all the representations of the parties; their vote was cast even though some of the members of these panels did not have the benefit of assessing the credibility of the witnesses or the validity of the factual and legal arguments. I agree that, as a general rule, the members of a panel who actually participate in the decision must have heard all the evidence as well as all the arguments presented by the parties and in this respect I adopt Pratte J.'s words in *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, *supra*, at pp. 368-69:

tue une violation des règles de justice naturelle ou si les réunions plénières de la Commission sont conformes à ces règles pourvu que certaines garanties soient respectées.

c) *L'indépendance judiciaire des membres d'un banc dans le contexte d'une réunion plénière de la Commission*

L'appelante soutient que les personnes qui n'ont pas entendu la preuve ou les plaidoiries des parties ne doivent pas être en mesure d'«influencer» celles qui, en fin de compte, participeront à la décision, c'est-à-dire de se prononcer en faveur d'un côté ou de l'autre. L'appelante cite les décisions suivantes pour étayer son argumentation: *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la p. 351; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, aux pp. 715 et 717; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C. Ont.), aux pp. 161 à 164; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385 (H.C. Ont.), aux pp. 394 et 395; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (C.A. Ont.), aux pp. 382 et 383; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (C.S.N.-É.), aux pp. 53 à 55; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, à la p. 594; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 489 (C.S.I.-P.-É.) à la p. 499; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362 (C.A.), à la p. 371; *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, rapport n° 3, ch. 124, aux pp. 2004 et 2005. Dans toutes ces décisions, sauf *Re Rogers*, certains des membres du banc qui avait rendu la décision contestée n'avaient pas entendu la totalité de la preuve ou des plaidoiries des parties; ils avaient participé au vote même s'ils n'avaient pas été en mesure d'évaluer la crédibilité des témoins ou les arguments factuels et juridiques. Je reconnais qu'en règle générale les membres d'un banc qui participent effectivement à une décision doivent avoir entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries soumises par les parties et, à cet égard, je fais miens les propos tenus par le juge Pratte dans l'arrêt *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, précité, aux pp. 368 et 369:

The important issue is whether the maxim “he who decides must hear” invoked by the applicant should be applied here.

This maxim expresses a well-known rule according to which, where a tribunal is responsible for hearing and deciding a case, only those members of the tribunal who heard the case may take part in the decision. It has sometimes been said that this rule is a corollary of the *audi alteram partem* rule. This is true to the extent a litigant is not truly “heard” unless he is heard by the person who will be deciding his case . . . This having been said, it must be realized that the rule “he who decides must hear”, important though it may be, is based on the legislator’s supposed intentions. It therefore does not apply where this is expressly stated to be the case; nor does it apply where a review of all the provisions governing the activities of a tribunal leads to the conclusion that the legislator could not have intended them to apply. Where the rule does apply to a tribunal, finally, it requires that all members of the tribunal who take part in a decision must have heard the evidence and the representations of the parties in the manner in which the law requires that they be heard.

In that case, one of the issues was whether it was sufficient for the members of the panel who had not heard the evidence to read the transcripts and this question was answered in the negative in light of the relevant statutory provisions. In this case, however, the members of the panel who participated in the impugned decision, i.e., Chairman Adams and Messrs. Wightman and Lee, heard all the evidence and all the arguments. It follows that the cases cited by the appellant cannot support its argument, nor can the presence of other Board members at the full board meeting amount to “participation” in the final decision even though their contribution to the discussions which took place at that meeting can be seen as a “participation” in the decision-making process in the widest sense of that expression.

However, the appellant claims that the following extract from the reasons of Romer J. in *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, *supra*, constitutes the basis of a rule whereby decision makers who have heard all the evidence and representations should not be influenced by persons who have not, at p. 717:

Ce qui importe, c’est de savoir s’il y a lieu d’appliquer ici la maxime «*he who decides must hear*» qu’invoque le requérant.

Cette maxime exprime une règle bien connue suivant laquelle, lorsque la loi charge un tribunal d’entendre et décider une affaire, seuls les membres du tribunal qui ont entendu l’affaire peuvent participer à la décision. On a parfois dit que cette règle exprimait une conséquence de la règle *audi alteram partem*. Cela est vrai dans la mesure où un justiciable n’est vraiment «entendu» que s’il est entendu par celui qui décidera sa cause. [. . .] Ceci dit, il faut voir que la règle «*he who decides must hear*», si importante qu’elle soit, est fondée sur la volonté présumée du législateur. Elle ne s’applique donc pas lorsque le législateur en a expressément écarté l’application; elle ne s’applique pas non plus lorsque l’étude de l’ensemble des dispositions régissant l’activité d’un tribunal conduit à croire que le législateur n’a pas dû vouloir qu’elle s’y applique. Enfin, lorsque la règle s’applique à un tribunal, elle exige que tous les membres de ce tribunal qui participent à une décision aient entendu la preuve et les représentations des parties de la façon que la loi veut qu’elles soient entendues.

Dans cette affaire, l’une des questions à trancher était de savoir s’il suffisait que les membres du banc qui n’avaient pas entendu la preuve lisent la transcription sténographique des audiences, ce à quoi on a répondu par la négative en raison des dispositions législatives applicables. En l’espèce cependant, les membres du banc qui ont participé à la décision contestée, c’est-à-dire le président Adams et les commissaires Wightman et Lee, ont entendu toute la preuve et toutes les plaidoiries. Il s’ensuit que les décisions citées par l’appelante ne peuvent étayer son argumentation et la présence d’autres commissaires à la réunion plénière de la Commission ne peut pas non plus équivaloir à une «participation» à la décision finale, même si l’on peut considérer leur apport aux discussions qui s’y sont déroulées comme une «participation» au processus décisionnel au sens le plus large du terme.

Cependant, l’appelante soutient que le passage suivant des motifs du juge Romer dans l’arrêt *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, précité, à la p. 717, constitue le fondement de la règle en vertu de laquelle le décideur qui a entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries ne doit pas être influencé par des personnes qui ne l’ont pas fait:

Further, I would merely like to point this out: that at that meeting of May 16 there were present three justices who had never heard the evidence that had been given on oath on April 25. There was a division of opinion. The resolution in favour of confirmation was carried by eight to two, and it is at least possible that that majority was induced to vote in the way it did by the eloquence of those members who had not been present on April 25, to whom the facts were entirely unknown. [Emphasis added.]

Thus, Romer J. was of the opinion that the influence of those who did not hear the evidence could go beyond their vote and that this influence constituted a denial of natural justice. Following that reasoning, it was held in *Re Rogers* that the presence of a person who heard neither the evidence nor the representations at one of the meetings where a quorum of the Prince Edward Island Land Use Commission was deliberating invalidated the decision of the Commission even though that person did not vote on the matter. The opposite result was reached in *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (Ont. C.A.), where it was held that the presence of Board members who neither heard the evidence nor voted on the matter did not invalidate the Board's decision, at p. 675.

I am unable to agree with the proposition that any discussion with a person who has not heard the evidence necessarily vitiates the resulting decision because this discussion might "influence" the decision maker. In this respect, I adopt Meredith C.J.C.P.'s words in *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.), at p. 659:

The Board is composed of persons occupying positions analogous to those of judges rather than of arbitrators merely; and it is not suggested that they heard any evidence behind the back of either party; the most that can be said is that they—that is, those members of the Board who heard the evidence and made the award—allowed another member of the Board, who had not heard the evidence, or taken part in the inquiry before, to read the evidence and to express some of his views regarding the case to them. . . . [B]ut it is only fair to add that if every Judge's judgment were vitiated because

[TRADUCTION] De plus, j'aimerais simplement souligner ceci: à cette réunion du 16 mai, il y avait trois juges qui n'avaient pas entendu la preuve présentée sous serment le 25 avril. Il y a eu partage d'opinions. La résolution en faveur de confirmer a été adoptée à huit voix contre deux et il est à tout le moins possible que la majorité ait été amenée à se prononcer comme elle l'a fait en raison de l'éloquence des membres qui avaient été absents le 25 avril et qui ignoraient absolument tout des faits. [Je souligne.]

Le juge Romer a donc été d'avis que l'influence de ceux qui n'avaient pas entendu la preuve pouvait aller au-delà de leur vote et que cette influence a constitué un déni de justice naturelle. On a jugé, en suivant ce raisonnement dans l'arrêt *Re Rogers*, que la présence d'une personne qui n'a entendu ni la preuve ni les plaidoiries à l'une des réunions de délibérations de la Land Use Commission de l'Île-du-Prince-Édouard où il y avait quorum avait pour effet d'invalider la décision de la Commission même si cette personne n'avait pas voté sur la question. On est arrivé au résultat contraire dans l'arrêt *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (C.A. Ont.), où on statue, à la p. 675, que la présence de commissaires qui n'ont ni entendu la preuve ni voté sur la question n'a pas pour effet d'invalider la décision de la Commission.

Je ne puis souscrire à l'affirmation portant que toute discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve entache forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que la discussion est susceptible d'«influencer» le décideur. À cet égard, je fais miens les propos du juge en chef Meredith dans l'arrêt *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.), à la p. 659:

[TRADUCTION] La Commission se compose de personnes qui occupent des postes qui ressemblent à un poste de juge plutôt qu'à un poste de simple arbitre; personne ne prétend qu'ils ont entendu quelque élément de preuve à l'insu de l'une ou l'autre des parties; tout ce qu'on peut dire c'est qu'ils, à savoir les commissaires qui ont entendu la preuve et rendu la décision, ont permis à un autre commissaire qui n'avait pas entendu la preuve ni participé à l'enquête auparavant, d'en lire la transcription et de leur exprimer certaines de ses vues sur la cause [. . .] [M]ais, il convient d'ajouter que si toutes les

he discussed the case with some other Judge a good many judgments existing as valid and unimpeachable ought to fall; and that if such discussions were prohibited many more judgments might fall in an appellate Court because of a defect which must have been detected if the subject had been so discussed. [Emphasis added.]

The appellant's main argument against the practice of holding full board meetings is that these meetings can be used to fetter the independence of the panel members. Judicial independence is a long standing principle of our constitutional law which is also part of the rules of natural justice even in the absence of constitutional protection. It is useful to define this concept before discussing the effect of full board meetings on panel members. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, Dickson C.J. described the "accepted core of the principle of judicial independence" as a complete liberty to decide a given case in accordance with one's conscience and opinions without interference from other persons, including judges, at p. 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

See also *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 686-87, and Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, at p. 48.

It is obvious that no outside interference may be used to compel or pressure a decision maker to participate in discussions on policy issues raised by a case on which he must render a decision. It also goes without saying that a formalized consultation process could not be used to force or induce decision makers to adopt positions with which they do

décisions d'un juge étaient entachées de nullité parce qu'il a discuté de l'affaire avec un autre juge, il faudrait invalider un grand nombre de jugements considérés comme valides et inattaquables, et que si ces discussions étaient prohibées, encore plus de jugements pourraient être infirmés en Cour d'appel à cause du vice qu'il faudrait constater si le sujet avait été ainsi discuté. [Je souligne.]

Dans son principal argument à l'encontre de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières, l'appelante soutient que ces réunions peuvent servir à diminuer l'indépendance des membres du banc. L'indépendance des juges est un principe reconnu depuis longtemps dans notre droit constitutionnel; elle fait également partie des règles de justice naturelle même en l'absence de protection constitutionnelle. Il est utile de définir cette notion avant d'aborder l'effet des réunions plénières de la Commission sur les membres d'un banc. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, le juge en chef Dickson définit «ce qui a ... été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire», comme la liberté complète de juger une affaire donnée selon sa conscience et ses opinions, sans l'intervention d'autres personnes, y compris de juges, à la p. 69:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

Voir également *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pp. 686 et 687, et Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, à la p. 48.

Il est évident qu'aucune ingérence extérieure ne peut être pratiquée pour forcer ou contraindre un décideur à participer à des discussions au sujet de questions de politique soulevées par une affaire sur laquelle il doit statuer. Il va de soi aussi qu'on ne peut recourir à aucun mécanisme formel de consultation pour forcer ou inciter un décideur à

not agree. Nevertheless, discussions with colleagues do not constitute, in and of themselves, infringements on the panel members' capacity to decide the issues at stake independently. A discussion does not prevent a decision maker from adjudicating in accordance with his own conscience and opinions nor does it constitute an obstacle to this freedom. Whatever discussion may take place, the ultimate decision will be that of the decision maker for which he assumes full responsibility.

The essential difference between full board meetings and informal discussions with colleagues is the possibility that moral suasion may be felt by the members of the panel if their opinions are not shared by other Board members, the chairman or vice-chairmen. However, decision makers are entitled to change their minds whether this change of mind is the result of discussions with colleagues or the result of their own reflection on the matter. A decision maker may also be swayed by the opinion of the majority of his colleagues in the interest of adjudicative coherence since this is a relevant criterion to be taken into consideration even when the decision maker is not bound by any *stare decisis* rule.

It follows that the relevant issue in this case is not whether the practice of holding full board meetings can cause panel members to change their minds but whether this practice impinges on the ability of panel members to decide according to their opinions. There is nothing in the *Labour Relations Act* which gives either the chairman, the vice-chairmen or other Board members the power to impose his opinion on any other Board member. However, this *de jure* situation must not be thwarted by procedures which may effectively compel or induce panel members to decide against their own conscience and opinions.

It is pointed out that "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": see *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. This maxim applies whenever the circumstances create the danger of an injustice, for example when there is a reason-

adopter un point de vue qu'il ne partage pas. Cependant, les discussions avec des collègues ne constituent pas en soi une atteinte à la capacité des membres d'un banc de trancher les questions en litige de manière indépendante. Une discussion n'empêche pas un décideur de juger selon ses propres conscience et opinions, pas plus qu'elle ne constitue une entrave à sa liberté. Quelles que soient les discussions qui peuvent avoir lieu, la décision ultime appartient au décideur et il en assume la responsabilité entière.

La différence fondamentale entre les réunions plénières de la Commission et les discussions informelles entre collègues tient à la pression morale que les membres du banc peuvent ressentir si les autres commissaires, le président ou les vice-présidents ne partagent pas leur avis. Cependant, les décideurs ont le droit de changer d'avis, peu importe que ce soit à la suite de discussions avec des collègues ou de leur propre réflexion sur le sujet. L'opinion de la majorité de ses collègues peut également amener un décideur à changer d'avis par souci de cohérence de la jurisprudence puisqu'il s'agit d'un critère légitime qui doit être pris en considération, même si le décideur n'est lié par aucune règle de *stare decisis*.

Il s'ensuit que la question qu'il faut se poser en l'espèce est non pas de savoir si la pratique des réunions plénières de la Commission peut amener les membres d'un banc à changer d'avis, mais plutôt de savoir si cette pratique entrave la capacité des membres de ce banc de statuer selon leurs opinions. Il n'y a rien dans la *Loi sur les relations de travail* qui autorise le président, les vice-présidents ou les autres commissaires à imposer leur avis à quelque autre commissaire. Cependant, cette situation de droit ne doit pas être contrecarrée par des procédures qui peuvent avoir pour effet de forcer ou d'inciter des membres d'un banc à statuer à l'encontre de leurs propres conscience et opinions.

On souligne qu'il est essentiel [TRADUCTION] «que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue»: voir *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Cette maxime s'applique chaque fois que les circonstances créent un risque

able apprehension of bias, even if the decision maker has completely disregarded these circumstances. However, in my opinion and for the reasons which follow, the danger that full board meetings may fetter the judicial independence of panel members is not sufficiently present to give rise to a reasonable apprehension of bias or lack of independence within the meaning of the test stated by this Court in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, reaffirmed and applied as the criteria for judicial independence in *Valente v. The Queen*, *supra*, at p. 684:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—concluded . . ."

See also p. 689.

A full board meeting set up in accordance with the procedure described by Chairman Adams is not imposed: it is called at the request of the hearing panel or any of its members. It is carefully designed to foster discussion without trying to verify whether a consensus has been reached: no minutes are kept, no votes are taken, attendance is voluntary and presence at the full board meeting is not recorded. The decision is left entirely to the hearing panel. It cannot be said that this practice is meant to convey to panel members the message that the opinion of the majority of the Board members present has to be followed. On the other hand, it is true that a consensus can be measured without a vote and that this institutionalization of the consultation process carries with it a potential for greater influence on the panel members. However, the criteria for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions. In fact, the record shows that each panel member held to his own opinion since Mr. Wightman dissented and Mr. Lee only concurred in part with Chairman Adams. It is my opinion, in agreement with the Court of Appeal, that the full board

d'injustice, par exemple, quand il existe une crainte raisonnable de partialité, même si le décideur n'a pas du tout tenu compte de ces circonstances. Cependant, pour les motifs ci-après, je suis d'avis que le risque que les réunions plénières de la Commission diminuent l'indépendance judiciaire des membres du banc n'est pas suffisant pour susciter une crainte raisonnable de partialité ou d'un manque d'indépendance au sens du critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, lequel a été confirmé et appliqué à titre de critère d'indépendance judiciaire dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, à la p. 684:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique . . .»

Voir aussi à la p. 689.

La réunion plénière de la Commission tenue conformément à la procédure décrite par le président Adams n'est pas imposée, elle est convoquée à la demande du banc qui a entendu l'affaire ou par l'un de ses membres. Elle est soigneusement organisée pour favoriser la discussion sans qu'il y ait tentative de vérifier s'il y a consensus; il n'est pas dressé de procès-verbal, le vote n'y est pas pris, la présence à la réunion est facultative et les présences n'y sont pas prises. La décision revient entièrement au banc qui a entendu l'affaire. On ne saurait dire que cette pratique vise à signaler aux membres du banc qu'il faut se conformer à l'avis de la majorité des commissaires présents. Par ailleurs, il est vrai qu'il est possible de vérifier s'il y a consensus sans recourir à un vote et que cette institutionnalisation du processus de consultation comporte un risque d'influence plus prononcée sur les membres du banc. Cependant, le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. En fait, le dossier démontre que chacun des membres du banc s'en est tenu à son opinion puisque M. Wightman a été dissident et que M. Lee n'a souscrit qu'en partie à l'avis du

meeting was an important element of a legitimate consultation process and not a participation in the decision of persons who had not heard the parties. The Board's practice of holding full board meetings or the full board meeting held on September 23, 1983 would not be perceived by an informed person viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—as having breached his right to a decision reached by an independent tribunal thereby infringing this principle of natural justice.

(d) *Full Board Meetings and the Audi Alteram Partem Rule*

Full board meetings held on an *ex parte* basis do entail some disadvantages from the point of view of the *audi alteram partem* rule because the parties are not aware of what is said at those meetings and do not have an opportunity to reply to new arguments made by the persons present at the meeting. In addition, there is always the danger that the persons present at the meeting may discuss the evidence.

For the purpose of the application of the *audi alteram partem* rule, a distinction must be drawn between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues. In every decision, panel members must determine what the facts are, what legal standards apply to those facts and, finally, they must assess the evidence in accordance with these legal standards. In this case, for example, the Board had to determine which events led to the decision to close the Hamilton plant and, in turn, decide whether the appellant had failed to bargain in good faith by not informing of an impending plant closing either on the basis that a “*de facto* decision” had been taken or on some other basis. The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their

président Adams. J'estime, à l'instar de la Cour d'appel, que la réunion plénière de la Commission a constitué un élément important du processus légitime de consultation, mais non une participation à la décision par des personnes qui n'avaient pas entendu les parties. Une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, ne percevrait pas la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières ou la réunion plénière de la Commission tenue le 23 septembre 1983 comme une atteinte à son droit d'obtenir une décision d'un tribunal indépendant et ainsi comme une violation de ce principe de justice naturelle.

d) *Les réunions plénières de la Commission et la règle audi alteram partem*

Les réunions plénières de la Commission tenues *ex parte* comportent certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem* parce que les parties ne savent pas ce qui a été dit à ces réunions et n'ont pas la possibilité de répliquer aux nouveaux arguments soumis par les personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve.

Aux fins de l'application de la règle *audi alteram partem*, il faut distinguer les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit ou de politique. Dans toute décision, les membres du banc doivent établir les faits, les normes juridiques à appliquer à ces faits et, enfin, il doivent évaluer la preuve conformément à ces normes juridiques. En l'espèce, par exemple, la Commission devait déterminer quels événements avaient donné lieu à la décision de fermer l'usine de Hamilton, pour ensuite décider si l'appelante avait omis de négocier de bonne foi en n'informant pas de la fermeture prochaine de l'usine, pour le motif qu'«une décision *de facto*» avait été prise en ce sens ou pour un autre motif. La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permet-

participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence.

It is already recognized that no new evidence may be presented to panel members in the absence of the parties: *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at pp. 1113-14. The appellant does not claim that new evidence was adduced at the meeting and the record does not disclose any such breach of the *audi alteram partem* rule. The defined practice of the Board at full board meetings is to discuss policy issues on the basis of the facts as they were determined by the panel. The benefits to be derived from the proper use of this consultation process must not be denied because of the mere concern that this established practice might be disregarded, in the absence of any evidence that this has occurred. In this case, the record contains no evidence that factual issues were discussed by the Board at the September 23, 1983 meeting.

In his reasons for judgment, Rosenberg J. has raised the issue of whether discussions on policy issues can be completely divorced from the factual findings, at p. 492:

In this case there was a minority report. Although the chairman states that the facts in the draft decision were taken as given there is no evidence before us to indicate whether the facts referred to those in the majority report or the minority report or both. Also, without in any way doubting the sincerity and integrity of the chairman in making such a statement, it is not practical to have all of the facts decided except against a background of determination of the principles of law involved. For example, a finding that Consolidated-Bathurst was seriously considering closing the Hamilton plant is of no significance if the requirement is that the failure to bargain in good faith must be a *de facto* decision to close. Accordingly,

tent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision finale. ^a Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la ^b preuve.

Il est déjà admis que les membres d'un banc ne peuvent être saisis de nouveaux éléments de preuve en l'absence des parties: *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 1113 et 1114. L'appelante ne soutient pas que de nouveaux éléments de preuve ont été soumis à la réunion et le dossier ne révèle aucune violation de la règle *audi alteram partem* pour ce motif. La pratique définie par la Commission lors de ces réunions plénières consiste précisément à discuter des questions de politique en tenant pour avérés les faits établis par le banc. ^c Il ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite. En l'espèce, le dossier ne contient aucune ^d preuve que des questions de fait ont été discutées par la Commission lors de la réunion du 23 septembre 1983. ^e

^f Dans ses motifs de jugement, le juge Rosenberg soulève la question de savoir si les discussions de questions de politique peuvent être totalement séparées des constatations de fait, à la p. 492:

^g [TRADUCTION] En l'espèce, il y a eu des motifs minoritaires. Bien que le président affirme que les faits mentionnés dans l'avant-projet de décision ont été tenus pour avérés, rien dans la preuve qui nous est soumise n'indique si les faits se rapportaient à ceux des motifs de la majorité, de la minorité ou des deux à la fois. De plus, même si je ne doute nullement de la bonne foi et de l'intégrité du président au moment où il affirme cela, il n'est pas pratique de déterminer tous les faits si ce n'est en fonction de la détermination des principes de droit applicables. Par exemple, la constatation que Consolidated-Bathurst envisageait sérieusement de fermer l'usine de Hamilton n'a pas d'importance s'il est nécessaire que ⁱ ^j

until the board decides what the test is the findings of fact cannot be finalized.

With respect, I must disagree with Rosenberg J. if he suggests that it is not practical to discuss policy issues against the factual background provided by the panel.

It is true that the evidence cannot always be assessed in a final manner until the appropriate legal test has been chosen by the panel and until all the members of the panel have evaluated the credibility of each witness. However, it is possible to discuss the policy issues arising from the body of evidence filed before the panel even though this evidence may give rise to a wide variety of factual conclusions. In this case, Mr. Wightman seemed to disagree with Chairman Adams with respect to the credibility of the testimonies of some of the appellant's witnesses. While this might be relevant to Mr. Wightman's conclusions, it was nevertheless possible to outline the policy issues at stake in this case from the summary of the facts prepared by Chairman Adams. In turn, it was possible to outline the various tests which could be adopted by the panel and to discuss their appropriateness from a policy point of view. These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. The purpose of the policy discussions is not to determine which of the parties will eventually win the case but rather to outline the various legal standards which may be adopted by the Board and discuss their relative value.

Policy issues must be approached in a different manner because they have, by definition, an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the parties. While they are adopted in a factual context, they are an expression of principle or standards akin to law. Since these issues involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs, the impact of a policy decision by the Board is, to a certain extent, independent from the immediate interests

l'omission de négocier de bonne foi découle d'une décision *de facto* de fermer l'usine. En conséquence, la constatation des faits ne peut être parachevée avant que la Commission ne décide du critère applicable.

^a En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis du juge Rosenberg s'il veut dire qu'il n'est pas pratique de discuter des questions de politique en fonction de la base factuelle fournie par le banc.

^b Il est vrai qu'il n'est pas toujours possible d'évaluer la preuve de façon définitive avant que le banc n'ait choisi le critère juridique approprié et avant que tous les membres du banc n'aient évalué la ^c crédibilité de chaque témoin. Cependant, il est possible de débattre des questions de politique que soulève la preuve soumise au banc même si cette preuve peut entraîner une grande variété de conclusions sur les faits. En l'espèce, M. Wightman ^d semble avoir différé d'opinion avec le président Adams sur la crédibilité des dépositions de certains témoins de l'appelante. Bien que cela puisse être ^e pertinent relativement aux conclusions de M. Wightman, il était néanmoins possible d'énoncer les questions de politique en cause dans cette affaire à partir du résumé des faits préparé par le président Adams. Puis, il était possible d'exposer ^f les différents critères que le banc pouvait adopter et de discuter de leur pertinence sur le plan des politiques. Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent ^g l'issue du litige après que le banc a adopté un critère. Les discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer ^h les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative.

Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commis-

of the parties even though it has an effect on the outcome of the complaint.

I have already outlined the reasons which justify discussions between panel members and other members of the Board. It is now necessary to consider the conditions under which full board meetings must be held in order to abide by the *audi alteram partem* rule. In this respect, the only possible breach of this rule arises where a new policy or a new argument is proposed at a full board meeting and a decision is rendered on the basis of this policy or argument without giving the parties an opportunity to respond.

I agree with Cory J.A. (as he then was) that the parties must be informed of any new ground on which they have not made any representations. In such a case, the parties must be given a reasonable opportunity to respond and the calling of a supplementary hearing may be appropriate. The decision to call such a hearing is left to the Board as master of its own procedure: s. 102(13) of the *Labour Relations Act*. However, this is not a case where a new policy undisclosed or unknown to the parties was introduced or applied. The extent of the obligation of an employer engaged in collective bargaining to disclose information regarding the possibility of a plant closing was at the very heart of the debate from the outset and had been the subject of a policy decision previously in the *Westinghouse* case. The parties had every opportunity to deal with the matter at the hearing and indeed presented diverging proposals for modifying the policy. There is no evidence that any new grounds were put forward at the meeting and each of the reasons rendered by Chairman Adams and Messrs. Wightman and Lee simply adopts one of the arguments presented by the parties and summarized at pp. 1427-30 of Chairman Adams' decision. Though the reasons are expressed in great detail, the appellant does not identify any of them as being new nor does it contend that it did not have an opportunity to be heard or to deal with them.

sion ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte.

a J'ai déjà exposé les motifs qui justifient les membres d'un banc d'avoir des discussions avec les autres commissaires. Il faut maintenant examiner les conditions dans lesquelles les réunions plénières de la Commission doivent être tenues afin de respecter la règle *audi alteram partem*. À cet égard, la seule violation possible de la règle a lieu quand on propose une nouvelle politique ou un nouvel argument à une réunion plénière de la Commission et qu'une décision fondée sur cette politique ou cet argument est rendue sans qu'on accorde aux parties la possibilité de répliquer.

a Je souscris à l'avis du juge Cory (alors juge de la Cour d'appel) qu'il faut aviser les parties de tout nouveau moyen à propos duquel elles n'ont pas soumis de plaidoiries. Dans un tel cas, il faut accorder aux parties une possibilité raisonnable de répliquer et la convocation d'une audience supplémentaire peut se révéler appropriée. La décision de convoquer une telle audience revient à la Commission en tant que maîtresse de sa propre procédure: par. 102(3) de la *Loi sur les relations de travail*. Cependant, en l'espèce, il n'y a eu ni présentation ni application d'une nouvelle politique qui n'aurait pas été divulguée aux parties ou que celles-ci ne connaissaient pas. La portée de l'obligation d'un employeur qui négocie collectivement de divulguer les renseignements relatifs à la fermeture possible d'une usine était au cœur même du débat depuis le début et avait déjà fait l'objet d'une décision de politique dans l'affaire *Westinghouse*. Les parties avaient eu toutes les chances possibles de traiter ce sujet à l'audience et avaient même soumis des propositions contradictoires de modification de la politique. Il n'y a aucune preuve que de nouveaux moyens ont été présentés lors de la réunion et les motifs de chacun des trois commissaires, le président Adams et MM. Wightman et Lee, ne font qu'adopter l'un des arguments soumis par les parties que le président Adams résume aux pp. 1427 à 1430 de sa décision. Bien que les motifs soient très élaborés, l'appelante n'en désigne aucune partie comme nouvelle, ni ne soutient qu'elle n'a pas eu la possibilité de se faire entendre ou d'en traiter.

Since its earliest development, the essence of the *audi alteram partem* rule has been to give the parties a “fair opportunity of answering the case against [them]”: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, *supra*, at p. 158. It is true that on factual matters the parties must be given a “fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, at p. 182; see also *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, at pp. 133 and 141, and *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at p. 1113. However, the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. This right does not encompass the right to repeat arguments every time the panel convenes to discuss the case. For obvious practical reasons, superior courts, in particular courts of appeal, do not have to call back the parties every time an argument is discredited by a member of the panel and it would be anomalous to require more of administrative tribunals through the rules of natural justice. Indeed, a reason for their very existence is the specialized knowledge and expertise which they are expected to apply.

I therefore conclude that the consultation process described by Chairman Adams in his reconsideration decision does not violate the *audi alteram partem* rule provided that factual issues are not discussed at a full board meeting and that the parties are given a reasonable opportunity to respond to any new ground arising from such a meeting. In this case, an important policy issue, namely the validity of the test adopted in the *Westinghouse* case, was at stake and the Board was entitled to call a full board meeting to discuss it. There is no evidence that any other issues were discussed or indeed that any other arguments were raised at that meeting and it follows that the appellant has failed to prove that it has been the

Depuis sa première formulation, la règle *audi alteram partem* vise essentiellement à donner aux parties une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre [elles]»: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, précité, à la p. 158. Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable [...] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue»: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, à la p. 182; voir également *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, aux pp. 133 et 141, et *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113. Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n’ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n’inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l’affaire. Pour des raisons pratiques manifestes, les cours supérieures, et en particulier les cours d’appel, ne sont pas tenues de convoquer de nouveau les parties chaque fois qu’un membre du banc infirme un argument et il serait anormal d’être plus exigeant envers les tribunaux administratifs en raison des règles de justice naturelle. En réalité, une de leurs raisons d’être est justement leurs connaissances et compétences spécialisées qu’on souhaite les voir appliquer.

Je conclus donc que le processus de consultation décrit par le président Adams dans sa décision relative à la demande de réexamen ne viole pas la règle *audi alteram partem* pourvu que les questions de fait ne soient pas discutées à la réunion plénière de la Commission et que les parties aient une possibilité raisonnable de répliquer à tout nouveau moyen soulevé à cette réunion. En l’espèce, une importante question de politique était en jeu, savoir la validité du critère adopté dans la décision *Westinghouse* et la Commission avait le droit de convoquer une réunion plénière pour en débattre. Il n’y a aucune preuve qu’on ait discuté d’autres sujets ou même qu’on ait soulevé quelque autre argument lors de cette réunion. Il s’ensuit que

victim of any violation of the *audi alteram partem* rule. Indeed, the decision itself indicates that it rests on considerations known to the parties upon which they had full opportunity to be heard.

IV—Conclusion

The institutionalization of the consultation process adopted by the Board provides a framework within which the experience of the chairman, vice-chairmen and members of the Board can be shared to improve the overall quality of its decisions. Although respect for the judicial independence of Board members will impede total coherence in decision making, the Board through this consultation process seeks to avoid inadvertent contradictory results and to achieve the highest degree of coherence possible under these circumstances. An institutionalized consultation process will not necessarily lead Board members to reach a consensus but it provides a forum where such a consensus can be reached freely as a result of thoughtful discussion on the issues at hand.

The advantages of an institutionalized consultation process are obvious and I cannot agree with the proposition that this practice necessarily conflicts with the rules of natural justice. The rules of natural justice must have the flexibility required to take into account the institutional pressures faced by modern administrative tribunals as well as the risks inherent in such a practice. In this respect, I adopt the words of Professors Blache and Comtois in “La décision institutionnelle”, *supra*, at p. 708:

[TRANSLATION] The institutionalizing of decisions exists in our law and appears to be there to stay. The problem is thus not whether institutional decisions should be sanctioned, but to organize the process in such a way as to limit its dangers. There is nothing revolutionary in this approach: it falls naturally into the tradition of English and Canadian jurisprudence that the rules of natural justice should be flexibly interpreted.

l'appelante n'a pas prouvé qu'elle ait été victime d'une violation quelconque de la règle *audi alteram partem*. En réalité, la décision elle-même montre qu'elle repose sur des considérations connues des parties et au sujet desquelles elles avaient eu tout le loisir de se faire entendre.

IV—Conclusion

L'institutionnalisation du processus de consultation adopté par la Commission fournit un cadre qui permet au président, aux vice-présidents et aux commissaires de mettre leur expérience en commun et d'améliorer la qualité globale de leurs décisions. Quoique le respect de l'indépendance judiciaire des commissaires empêche d'obtenir la cohérence parfaite des décisions de la Commission, celle-ci cherche, par ce processus de consultation à éviter les décisions contradictoires rendues par inadvertance et à atteindre le niveau de cohérence le plus élevé possible dans les circonstances. Un processus institutionnalisé de consultation ne permet pas nécessairement aux commissaires de parvenir à un consensus, mais il fournit une tribune où il est possible de parvenir librement à ce consensus suite à une discussion réfléchie des questions soulevées.

Les avantages d'un processus institutionnalisé de consultation sont manifestes et je ne puis souscrire à la proposition que cette pratique contrevient forcément aux règles de justice naturelle. Les règles de justice naturelle doivent avoir la souplesse nécessaire pour tenir compte à la fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique. À cet égard, je fais miens les propos tenus par les professeurs Blache et Comtois dans «La décision institutionnelle» précité, à la p. 708:

Le phénomène d'institutionnalisation de la décision existe dans notre droit et il semble qu'il y soit pour rester. Le problème qui se pose n'est donc pas de savoir si la décision institutionnelle devrait ou non être autorisée, mais d'articuler des modalités de mise en œuvre qui permettent d'en limiter les risques. Il s'agit là d'une approche qui n'a rien de révolutionnaire et s'inscrit dans la tradition jurisprudentielle anglaise et canadienne selon laquelle il faut interpréter avec flexibilité les règles de justice naturelle.

The consultation process adopted by the Board formally recognizes the disadvantages inherent in full board meetings, namely that the judicial independence of the panel members may be fettered by such a practice and that the parties do not have the opportunity to respond to all the arguments raised at the meeting. The safeguards attached to this consultation process are, in my opinion, sufficient to allay any fear of violations of the rules of natural justice provided as well that the parties be advised of any new evidence or grounds and given an opportunity to respond. The balance so achieved between the rights of the parties and the institutional pressures the Board faces are consistent with the nature and purpose of the rules of natural justice.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beard, Winter, Toronto.

Solicitors for the respondent the International Woodworkers of America, Local 2-69: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Gowling & Henderson, Ottawa.

Le processus de consultation adopté par la Commission reconnaît formellement les inconvénients inhérents aux réunions plénières de la Commission, savoir que l'indépendance judiciaire des membres d'un banc peut être diminuée par une telle pratique et que les parties n'ont pas la possibilité de répliquer à tous les arguments soulevés au cours de ces réunions. Les garanties dont est assorti ce processus de consultation sont, à mon avis, suffisantes pour dissiper toute crainte de violation des règles de justice naturelle pourvu également que les parties soient informées de tout nouvel élément de preuve ou de tout nouveau moyen et qu'elles aient la possibilité d'y répondre. L'équilibre ainsi réalisé entre les droits des parties et les pressions institutionnelles qui s'exercent sur la Commission sont compatibles avec la nature et l'objet des règles de justice naturelle.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LAMER et SOPINKA sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Beard, Winter, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Gowling & Henderson, Ottawa.

Jean-Claude Mahe, Angeline Martel, Paul Dubé and the Association de l'école Georges et Julia Bugnet *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of the province of Alberta *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Association canadienne-française de l'Alberta, the Commissioner of Official Languages for Canada, Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec, the Association canadienne-française de l'Ontario, the Association française des conseils scolaires de l'Ontario, the Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens, the Quebec Association of Protestant School Boards, the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 and the Alberta School Trustees' Association *Interveners*

INDEXED AS: MAHE V. ALBERTA

File No.: 20590.

1989: June 14; 1990: March 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Whether the rights which s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms mandates, depending upon the number of students, include a right to "management and control" over the minority language facilities and instruction — If so, whether the number of students in the Edmonton area sufficient to invoke this right — Meaning of the phrase "management and control".

Jean-Claude Mahe, Angeline Martel, Paul Dubé et l'Association de l'école Georges et Julia Bugnet *Appellants*

a c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta *Intimée*

b et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne-française de l'Alberta, le Commissaire aux langues officielles du Canada, Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec, l'Association canadienne-française de l'Ontario, l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario, l'Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens, l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec, l'Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 et l'Alberta School Trustees' Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MAHE c. ALBERTA

N° du greffe: 20590.

g 1989: 14 juin; 1990: 15 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Les droits conférés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, en fonction du nombre d'élèves, comprennent-ils un droit de «gestion et contrôle» à l'égard des établissements de la minorité linguistique et de l'instruction dans la langue de cette minorité? — Dans l'affirmative, le nombre d'élèves dans la région d'Edmonton est-il suffisant pour invoquer ce droit? — Sens de l'expression «gestion et contrôle».

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Whether the Alberta School Act and the regulations passed thereunder inconsistent with s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such inconsistency justifiable under s. 1 of the Charter — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 13, 158, 159 — French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

Constitutional law — Charter of Rights — Preservation of rights respecting certain schools — Section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms conferring upon minority language parents in the Edmonton area the rights to management and control over the minority language facilities and instruction — Whether the rights conferred by s. 23 inconsistent with the “right or privilege with respect to separate schools” guaranteed under s. 17 of the Alberta Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 29 — Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 — Constitution Act, 1867, s. 93(1).

The appellants claim that their rights under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are not satisfied by the existing educational system in Edmonton nor by the legislation under which it operates. In particular, the appellants argue that s. 23 guarantees the right, in Edmonton, to the “management and control” of a minority-language school. At the time of the trial, in the Edmonton area there were approximately 116,800 students enrolled in the public and separate school systems and approximately 2,900 citizens whose first language learned and still understood was French. These citizens had approximately 4,130 children aged from birth to 19 years, of whom 3,750 were between 5 and 19 years of age. In 1984, the Roman Catholic Separate School Board established a Francophone school under the direction of the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7. By 1985, the enrollment at the school was 242 students from kindergarten to grade 6, with room for more, and 73 students in the grade 7 and 8 immersion program. The appellants brought an action against the province seeking the following declarations: (1) that there is a sufficient number of children of the French linguistic minority in the Edmonton area to warrant publicly-funded French language instruction and facilities pursuant to s. 23 of the *Charter*; (2) that the rights granted pursuant to s. 23 entitle the appellants to have their children educated in facilities which are equivalent to those provided to English speaking children, and to be granted powers equivalent to those granted parents of English speaking children; and (3) that the *Alberta School Act* and the Regulation 490/82

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’instruction dans la langue de la minorité — La School Act de l’Alberta et ses règlements d’application sont-ils incompatibles avec l’art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette incompatibilité est-elle justifiable aux termes de l’article premier de la Charte? — School Act, R.S.A. 1980, ch. S-3, art. 13, 158, 159 — French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Maintien des droits relatifs à certaines écoles — L’article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés confère aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton des droits de gestion et de contrôle à l’égard de leurs établissements et de l’instruction dans leur langue — Les droits conférés par l’art. 23 sont-ils incompatibles avec le «droit ou privilège en matière d’écoles séparées» garanti par l’art. 17 de la Loi sur l’Alberta — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 29 — Loi sur l’Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

Les appelants font valoir que leurs droits prévus à l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne sont respectés ni par le système d’éducation existant actuellement à Edmonton ni par la loi régissant ce système. En particulier, les appelants soutiennent que l’art. 23 garantit à Edmonton le droit à la «gestion» et au «contrôle» d’une école de la minorité linguistique. À l’époque du procès, il y avait dans la région d’Edmonton environ 116 800 élèves inscrits dans les écoles publiques et séparées et approximativement 2 900 citoyens dont la première langue apprise et encore comprise était le français. Ces citoyens avaient environ 4 130 enfants de moins de vingt ans, 3 750 d’entre eux ayant entre 5 et 19 ans. En 1984, le conseil scolaire catholique a établi une école francophone qui relevait de l’Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7. En 1985, cette école comptait 242 élèves allant de la maternelle à la sixième année, et il restait des places. Il y avait en outre 73 élèves qui suivaient le programme d’immersion en 7^e et 8^e années. Les appelants ont intenté à la province une action tendant à l’obtention des déclarations suivantes: (1) qu’il y a dans la région d’Edmonton un nombre suffisant d’enfants de la minorité linguistique francophone pour justifier l’instruction en français et des établissements de langue française financés sur les fonds publics, conformément à l’art. 23 de la *Charte*; (2) que l’art. 23 confère aux appelants le droit de faire instruire leurs enfants dans des établissements qui équivalent à ceux fournis aux enfants anglophones et de se voir accorder des pouvoirs équivalents à ceux des parents d’enfants anglophones; et (3) que la *School Act* de

passed thereunder, in so far as they are inconsistent with s. 23, are of no force or effect. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal accepted many of the appellants' general arguments but declined to grant the specific declarations which the appellants requested. In this appeal, the appellants seek to determine whether the educational system in the Edmonton area satisfies the demands of s. 23. The main issue is the degree, if any, of "management and control" of a French language school which should be accorded to the minority language parents in Edmonton.

Held: The appeal should be allowed.

Section 23 of the Charter

The general purpose of s. 23 of the *Charter* is to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population. The section aims at achieving this goal by granting minority language educational rights to minority language parents throughout Canada. Section 23 is also designed to correct, on a national scale, the progressive erosion of minority official language groups and to give effect to the concept of the 'equal partnership' of the two official language groups in the context of education. In order to fulfil the purpose of s. 23, the section should be viewed as providing a general right to minority language instruction with paras. (a) and (b) of subs. (3) qualifying this general right. Section 23 encompasses a "sliding scale" of requirements, with subs. (3)(b) indicating the upper level of the range of possible institutional requirements which may be mandated by s. 23 (a government may, however, provide more than the minimum required by s. 23) and the term "instruction" in subs. (3)(a) indicating the lower level. The "sliding scale" approach guarantees whatever type and level of rights and services is appropriate under s. 23 in order to provide minority language instruction for the particular number of students involved.

Where the numbers warrant, s. 23 confers upon minority language parents a right to management and control over the educational facilities in which their children are taught. Such management and control is vital to ensure that their language and culture flourish. The English and the French versions of s. 23(3)(b), read together, support such an interpretation. The measure of management and control required by s. 23 may, in some circumstances and depending on the number of students

l'Alberta et le règlement 490/82 pris sous son régime sont inopérants dans la mesure de leur incompatibilité avec l'art. 23. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont toutes les deux retenu un bon nombre des arguments généraux des appelants, mais leur ont refusé les déclarations précises qu'ils avaient demandées. Dans ce pourvoi, les appelants cherchent à déterminer si le système d'éducation de la région d'Edmonton satisfait aux exigences de l'art. 23. La principale question en litige est le niveau de «gestion et de contrôle» à l'égard d'une école de langue française qui devrait être accordé aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 23 de la Charte

L'objet général de l'art. 23 de la *Charte* est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent, et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue, partout au Canada. L'article 23 est destiné en outre à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de «partenaires égaux» des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation. Pour assurer la réalisation de son objet, on doit considérer l'art. 23 comme attributif d'un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité, droit auquel les al. a) et b) du par. (3) apportent des précisions. L'article 23 établit une exigence «variable», l'al. (3)b) indiquant le niveau supérieur de la gamme des exigences institutionnelles possibles posées par l'art. 23 (un gouvernement peut toutefois fournir davantage que le minimum requis par l'art. 23), et le mot «instruction» à l'al. (3)a) en indiquant le niveau inférieur. La méthode du «critère variable» garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés en vertu de l'art. 23 pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question.

Lorsque le nombre le justifie, l'art. 23 confère aux parents appartenant à la minorité linguistique un droit de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire. Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur langue et de leur culture. Prises ensemble, les versions anglaise et française de l'al. 23(3)b) justifient une telle interprétation. Le degré de gestion et de contrôle exigé par l'art. 23 peut, dans

to be served, warrant an independent school board. An independent school board, however, is not necessarily the best means of fulfilling the purpose of s. 23. What is essential to satisfy that purpose is that the minority language group have control over those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture. So, where the number of s. 23 students does not warrant granting an independent school board (the maximum level of management and control), but is significant enough to warrant moving towards the upper level of the sliding scale, it may be sufficient to require linguistic minority representation on an existing school board. In this latter case: (1) the representation of the linguistic minority on local boards or other public authorities which administer minority language instruction or facilities should be guaranteed; (2) the number of minority language representatives on the board should be, at a minimum, proportional to the number of minority language students in the school district, i.e. the number of minority language students for whom the board is responsible; (3) the minority language representatives should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including: (a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities; (b) appointment and direction of those responsible for the administration of such instruction and facilities; (c) establishment of programs of instruction; (d) recruitment and assignment of teachers and other personnel; and (e) the making of agreements for education and services for minority language pupils.

Where the above degree of management is warranted, the quality of education provided to the minority language group should in principle be on a basis of reasonable equality with the majority, although it need not be identical, and public funding adequate for this purpose must be provided. The persons who will exercise the measure of management and control are minority language parents or persons such parents designate as their representatives. Finally, other degrees of management and control may be required in situations where the numbers do not justify granting linguistic minority representation on an existing school board. What is required in any case will turn on what the "numbers warrant". The relevant figure for s. 23 purposes is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated program or facility. Two factors

certaines circonstances et selon le nombre d'élèves en question, justifier l'existence d'un conseil scolaire indépendant. Toutefois, la création d'un conseil scolaire indépendant n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de l'art. 23. Ce qui est essentiel pour sa réalisation, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture. Donc, lorsque le nombre d'élèves visés par l'art. 23 ne justifie pas la création d'un conseil scolaire indépendant (le niveau maximum de gestion et de contrôle), mais qu'il est suffisamment important pour justifier un déplacement vers le niveau supérieur du critère variable, ce nombre peut être suffisant pour nécessiter la représentation de la minorité linguistique au sein d'un conseil scolaire existant. Dans ce dernier cas, (1) la représentation de la minorité linguistique au sein des conseils locaux ou des autres pouvoirs publics qui administrent l'instruction dans la langue de la minorité ou les établissements où elle est dispensée, devrait être garantie; (2) le nombre de représentants de la minorité linguistique au sein du conseil devrait être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité linguistique dans le district scolaire, c.-à-d. au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil; (3) les représentants de la minorité linguistique devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment: a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements; b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements; c) l'établissement de programmes scolaires; d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique.

Lorsque le degré susmentionné de gestion est justifié, la qualité de l'enseignement dispensé à la minorité linguistique devrait en principe être, dans une mesure raisonnable, égale à celle de l'enseignement donné à la majorité, sans avoir à être identique, et des fonds publics adéquats à cette fin doivent être fournis. Les personnes qui exerceront le pouvoir de gestion et de contrôle sont des parents appartenant à la minorité linguistique ou des personnes désignées par ces parents comme leurs représentants. Finalement, d'autres degrés de gestion et de contrôle peuvent être nécessaires dans des situations où le nombre ne justifie pas que soit accordée à la minorité linguistique une représentation au sein d'un conseil scolaire existant. Ce qui est requis dans chaque cas dépendra de ce que le «nombre justifie». Le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se

should be taken into account in determining what s. 23 demands: (1) the services appropriate, in pedagogical terms, for the number of students involved; and (2) the cost of the contemplated services.

There is a sufficient number of s. 23 students in the Edmonton area to justify, in both pedagogical and financial terms, the creation of an independent school, such as the one presently existing as well as providing for a continuing course of primary and secondary schooling. The number of students likely to attend Francophone schools in Edmonton, however, insufficient to mandate under s. 23 the establishment of an independent Francophone school board. Accordingly, the minority language parents should enjoy the right to representation on the separate school board and the degree of management and control as specified above. As these rights are not provided at the present time, the province must enact legislation (and regulations, if necessary) that in all respects is consistent with the provisions of s. 23 of the *Charter*.

Section 29 of the Charter and Section 17 of the Alberta Act

The rights to management and control conferred by s. 23 of the *Charter* upon minority language parents do not infringe a "right or privilege with respect to separate schools" as guaranteed under s. 17 of the *Alberta Act*. The powers of management and control accorded minority language groups do not affect any rights in respect of the denominational aspects of education or related non-denominational aspects. Rather, the transfer of the powers in respect of management and control amounts only to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction.

School Act and Regulation 490/82

Sections 13, 158 and 159 of the *School Act* do not prevent authorities from acting in accordance with the *Charter*, but neither do they guarantee that such compliance will occur. A declaration of invalidity, however, would not help appellants' position. First, if the legislation is invalidated, the public authorities in Alberta would presumably be temporarily precluded from exercising their powers so as to change the existing system in order to comply with s. 23. Second, the real obstacle to the realization of appellants' rights is not the existing legislation but the inaction of the public authorities. To

prévaudront finalement du programme ou de l'établissement envisagés. Deux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer les exigences de l'art. 23: (1) les services appropriés en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés et (2) le coût des services envisagés.

Il y a dans la région d'Edmonton un nombre suffisant d'élèves visés par l'art. 23 pour justifier, aussi bien sur le plan pédagogique que sur le plan financier, la création d'une école indépendante comme celle qui existe actuellement, ainsi que la fourniture d'un programme permanent d'instruction aux niveaux primaire et secondaire. Le nombre d'élèves qui fréquenteront vraisemblablement les écoles francophones à Edmonton n'est pas suffisant toutefois pour justifier la création d'un conseil scolaire francophone indépendant en vertu de l'art. 23. Par conséquent, les parents appartenant à la minorité linguistique devraient avoir le droit d'être représentés au conseil des écoles séparées et avoir le degré de gestion et de contrôle mentionné précédemment. Comme ces droits ne sont pas accordés actuellement, la province doit adopter des mesures législatives (et des règlements, si nécessaire) qui soient à tous égards conformes aux dispositions de l'art. 23 de la *Charte*.

L'article 29 de la Charte et l'art. 17 de la Loi sur l'Alberta

Les droits de gestion et de contrôle conférés par l'art. 23 de la *Charte* aux parents appartenant à la minorité linguistique ne constituent pas une violation d'un «droit ou privilège [...] en matière d'écoles séparées» garanti à l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*. Les pouvoirs de gestion et de contrôle accordés à la minorité linguistique n'ont aucune incidence sur les droits relatifs aux aspects confessionnels de l'instruction ou les aspects non confessionnels connexes. Au contraire, le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste simplement en la réglementation d'un aspect non confessionnel de l'instruction, savoir, la langue de l'enseignement.

La School Act et le règlement 490/82

Les articles 13, 158 et 159 de la *School Act* n'empêchent pas les autorités d'agir conformément à la *Charte*, mais elles ne garantissent pas non plus que celle-ci sera respectée. Cependant, une déclaration d'invalidité n'améliorerait pas la situation des appelants. Premièrement, si la loi devait être invalidée, on peut présumer que les autorités publiques de l'Alberta seraient temporairement empêchées d'exercer leurs pouvoirs de façon à modifier le système en place pour le rendre conforme aux exigences de l'art. 23. Deuxièmement, le véritable obstacle à l'exercice des droits des appelants n'est pas la

date, the legislature of Alberta has failed to discharge its s. 23 obligation. It should delay no longer in putting into place the appropriate minority language education scheme.

Regulation 490/82, which mandates that a minimum of approximately 20 per cent of class time be spent on English language education, may impede the achievement of the purpose of s. 23. The appellants' rights under s. 23 include a general right for their children to be instructed entirely in the French language. Although a certain amount of mandatory English language instruction may be a reasonable limitation on s. 23, the respondent has not proven that a full 300 minutes a week of English instruction is necessary in Francophone schools. The Regulation, therefore, is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan* (1988), 48 D.L.R. (4th) 315; *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20], s. 17.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 23, 24(1), 27, 29.
Constitution Act, 1867, s. 93(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.
School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 13, 158, 159.

loi existante, mais l'inaction des autorités publiques. Jusqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir l'obligation que lui impose l'art. 23. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité.

Le règlement 490/82, qui exige qu'environ 20 pour 100 des heures de cours au moins soient consacrées à l'enseignement en langue anglaise, peut faire obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23. Les droits conférés aux appelants par l'art. 23 comprennent le droit général de faire instruire leurs enfants entièrement en français. Bien qu'une certaine quantité d'enseignement obligatoire en anglais puisse constituer une limite raisonnable imposée à l'art. 23, l'intimée n'a pas prouvé qu'il est nécessaire de dispenser chaque semaine dans les écoles francophones 300 minutes d'enseignement en anglais. Cela étant, le règlement n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan* (1988), 48 D.L.R. (4th) 315; *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 23, 24(1), 27, 29.
French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 [réimprimé dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20], art. 17.
School Act, R.S.A. 1980, ch. S-3, art. 13, 158, 159.

School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, ss. 4, 5, 6.
Societies Act, R.S.A. 1980, c. S-18.

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II. Ottawa: Queen's Printer, 1968.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, 80 A.R. 161, 42 D.L.R. (4th) 514, [1987] 6 W.W.R. 331, 33 C.R.R. 207, affirming a judgment of the Alberta Queen's Bench (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 215, 64 A.R. 35, 22 D.L.R. (4th) 24, 22 C.R.R. 90. Appeal allowed.

G. Brent Gawne and *Mary T. Moreau*, for the appellants.

J. C. Major and *B. N. Locke*, for the respondent.

E. D. D. Tavender, Q.C., *K. M. Eidsvik* and *Thomas-Louis Fortin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

John Cavarzan, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Luc Leblanc*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Donna J. Miller and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Michel Bastarache and *Martine Richard*, for the intervener the Association canadienne-française de l'Alberta.

Robert J. Buchan, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

Stephen A. Scott and *Kathleen Weil*, for the intervener Alliance Quebec.

Paul S. Rouleau, for the interveners the Association canadienne-française de l'Ontario, the Association française des conseils scolaires de

School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 4, 5, 6.
Societies Act, R.S.A. 1980, ch. S-18.

Doctrine citée

^a Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1968.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, 80 A.R. 161, 42 D.L.R. (4th) 514, [1987] 6 W.W.R. 331, 33 C.R.R. 207, confirmant un jugement de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 215, 64 A.R. 35, 22 D.L.R. (4th) 24, 22 C.R.R. 90. Pourvoi accueilli.

G. Brent Gawne et *Mary T. Moreau*, pour les appelants.

^d *J. C. Major* et *B. N. Locke*, pour l'intimée.

^e *E. D. D. Tavender, c.r.*, *K. M. Eidsvik* et *Thomas-Louis Fortin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

John Cavarzan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^f *Jean-Yves Bernard* et *Luc Leblanc*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

^g *Donna J. Miller* et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

^h *Michel Bastarache* et *Martine Richard*, pour l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta.

ⁱ *Robert J. Buchan*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Stephen A. Scott et *Kathleen Weil*, pour l'intervenante Alliance Québec.

^j *Paul S. Rouleau*, pour les intervenantes l'Association canadienne-française de l'Ontario, l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario

l'Ontario and the Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens.

Colin K. Irving and Allan R. Hilton, for the Quebec Association of Protestant School Boards.

Judith C. Anderson, for the interveners the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 and the Alberta School Trustees' Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In this appeal the Court is asked to determine whether the educational system in the city of Edmonton satisfies the demands of s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The section reads:

23. (1) Citizens of Canada

- (a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or
- (b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

- (a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and
- (b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that

et l'Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens.

Colin K. Irving et Allan R. Hilton, pour l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec.

Judith C. Anderson, pour les intervenants l'Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 et l'Alberta School Trustees' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—On demande à la Cour de déterminer dans le présent pourvoi si le système d'éducation de la ville d'Edmonton satisfait aux exigences de l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont voici le texte:

23. (1) Les citoyens canadiens:

- a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
- b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province:

- a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
- b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des

instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

Section 23 is one component in Canada's constitutional protection of the official languages. The section is especially important in this regard, however, because of the vital role of education in preserving and encouraging linguistic and cultural vitality. It thus represents a linchpin in this nation's commitment to the values of bilingualism and biculturalism.

The appellants claim that their rights under s. 23 are not satisfied by the existing educational system in Edmonton nor by the legislation under which it operates, resulting in an erosion of their cultural heritage, contrary to the spirit and intent of the *Charter*. In particular, the appellants argue that s. 23 guarantees the right, in Edmonton, to the "management and control" of a minority-language school—that is, to a Francophone school run by a Francophone school board. Our task then is to determine the meaning of s. 23 of the *Charter*.

Constitutional Questions

The following constitutional questions, stated by order of the Court, indicate the range of the issues which this appeal raises:

1. Have the rights of the linguistic minority population in metropolitan Edmonton to minority language educational facilities pursuant to s. 23(3)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* been infringed or denied?
2. Does the right to minority language instruction and educational facilities pursuant to s. 23(3)(a) and s. 23(3)(b) of the *Charter* include management and control by the minority of:
 - (a) the instruction?
 - (b) the educational facilities?
 If so, what is the nature and extent of such management and control?
3. (a) Are the *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3, and the regulations passed thereunder inconsistent with or in contravention of s. 23 of the *Charter*?

établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

L'article 23 est une des composantes de la protection constitutionnelle des langues officielles au Canada. Il revêt cependant une importance toute particulière à cet égard en raison du rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle. Cet article constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme.

Les appelants font valoir que leurs droits en vertu de l'art. 23 ne sont respectés ni par le système d'éducation existant actuellement à Edmonton ni par la loi régissant ce système, ce qui entraîne l'érosion de leur patrimoine culturel, contrairement à l'esprit et à l'objet de la *Charte*. En particulier, les appelants soutiennent que l'art. 23 garantit à Edmonton le droit à la «gestion» et au «contrôle» d'une école de la minorité linguistique, c'est-à-dire le droit à une école francophone dirigée par un conseil scolaire francophone. Notre tâche consiste donc à déterminer le sens de l'art. 23 de la *Charte*.

Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes, formulées dans une ordonnance de la Cour, font ressortir la diversité des points que soulève le présent pourvoi:

1. Y a-t-il violation ou négation des droits de la minorité linguistique de la région métropolitaine d'Edmonton à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique aux termes de l'al. 23(3)(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité et à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique conformément aux al. 23(3)(a) et 23(3)(b) de la *Charte* accorde-t-il à la minorité la gestion et le contrôle
 - a) de l'instruction?
 - b) des établissements d'enseignement?
 Dans l'affirmative, quelles sont la nature et la portée de la gestion et du contrôle?
3. a) La *School Act*, R.S.A. 1980, ch. S-3, et ses règlements d'application sont-ils incompatibles avec l'art. 23 de la *Charte* ou contraires à celui-ci?

(b) If so, is such inconsistency or contravention justified under s. 1 of the *Charter*?

4. Are the rights guaranteed by s. 23 of the *Charter* affected by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, s. 29 of the *Charter* and s. 17 of the *Alberta Act*? If so, how?

The Parties and Intervenors

The appellants Jean-Claude Mahe and Paul Dubé are parents whose first language learned and still understood is French. The appellant Angeline Martel is a parent who received her primary school instruction in French. All three have school age children, and thus qualify under s. 23(1) of the *Charter* as persons who, subject to certain limitations, “have the right to have their children receive primary and secondary school instruction” in the language of the linguistic minority population of the province—in this case, the French language. They may therefore conveniently be called “s. 23 parents”, and their children “s. 23 students”. The fourth appellant, the Association de l'école Georges et Julia Bugnet, is an incorporated society whose prime objective is the encouragement of French language education in the province of Alberta.

A number of intervenors were granted status in this appeal: the Attorneys General of Canada, Ontario, Québec, New Brunswick, Manitoba, and Saskatchewan; Alliance Quebec; the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7; the Alberta School Trustees' Association; the Association canadienne-française de l'Alberta; the Quebec Association of Protestant School Boards; the Association canadienne-française de l'Ontario; the Association française des conseils scolaires de l'Ontario; the Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens; and, the Commissioner of Official Languages for Canada.

Facts

The appellants were and still are dissatisfied with the provision of French language education in Alberta, particularly in Edmonton. In 1982 they forwarded a proposal to the Minister of Education of Alberta for a new French-language public ele-

b) Dans l'affirmative, est-ce justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

4. Les dispositions de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'art. 29 de la *Charte* et de l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte*? Dans l'affirmative, comment?

Les parties et les intervenants

Les appelants Jean-Claude Mahe et Paul Dubé sont des pères dont la première langue apprise et encore comprise est le français. L'appelante Angeline Martel est une mère qui a reçu son instruction primaire en français. Tous les trois ont des enfants d'âge scolaire et sont en conséquence des personnes qui, suivant le par. 23(1) de la *Charte*, ont, sauf certaines restrictions, «le droit d[e] faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire» dans la langue de la minorité linguistique de la province, en l'occurrence le français. On peut donc, par souci de simplicité, les appeler des «parents visés par l'art. 23» et leurs enfants des «élèves visés par l'art. 23». La quatrième appelante, l'Association de l'école Georges et Julia Bugnet, est une personne morale ayant principalement pour but de favoriser l'enseignement en français dans la province de l'Alberta.

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et de la Saskatchewan, Alliance Québec, l'Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7, l'Alberta School Trustees' Association, l'Association canadienne-française de l'Alberta, l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec, l'Association canadienne-française de l'Ontario, l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario, l'Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens ainsi que le Commissaire aux langues officielles du Canada ont tous reçu l'autorisation d'intervenir dans le présent pourvoi.

Les faits

Les appelants étaient et sont encore insatisfaits de l'instruction en français fournie en Alberta, particulièrement à Edmonton. En 1982, ils ont fait tenir au ministre de l'Éducation de l'Alberta une proposition prévoyant la création à Edmonton

mentary school in Edmonton, which would have the following features: (1) it would instruct Francophone children exclusively in the French language and in a totally "French" environment; (2) it would be administered by a Committee of Parents under the structure of an autonomous French School Board; and (3) it would have a programme reflecting the French linguistic culture.

The appellants were advised that it was a policy of the province, acting through the Department of Education, to not create any French school jurisdictions. The appellants were encouraged to take their proposal to either the Edmonton Roman Catholic Separate School Board or to the Edmonton Public School Board. The appellants did this, but both Boards rejected their proposal. The Roman Catholic Separate School Board did decide to conduct a study with respect to whether the needs of Francophone students in Edmonton were being met. As a result of that study, in June of 1983 the Roman Catholic Separate School Board directed that a Francophone school, École Maurice Lavallée, be established in September of 1984 under the direction of the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7.

The evidence relating to the chronology of the development of École Maurice Lavallée is somewhat sketchy. It appears that prior to September 1984, École Maurice Lavallée had been a French immersion school. After that date it continued to offer an immersion programme in grades 7 and 8, but from kindergarten to grade 6 it became a "French only" school, with admission restricted to students of parents who qualified under s. 23 of the *Charter*. Evidence was presented that as of September 1985, the Roman Catholic Separate School Board District No. 7 intended to commence a Junior High programme at the school and to move its immersion course out of Maurice Lavallée over a two-year period. After this transition period the school would be comprised entirely of "s. 23 students". At about the same time, the Roman Catholic Board also adopted a motion that they would promote and pursue the establishment of a grade 9 to 12 Francophone programme at a school named École J.H. Picard. It appears that as

d'une nouvelle école primaire publique de langue française qui: (1) instruirait les enfants francophones exclusivement en français et dans une ambiance totalement «française», (2) serait administrée par un comité de parents sous l'égide d'un conseil scolaire français autonome, et (3) aurait un programme reflétant la culture linguistique française.

On a fait savoir aux appelants que la province, représentée par le ministère de l'Éducation, avait pour politique de ne pas créer de districts scolaires français. On a encouragé les parents à soumettre leur proposition à l'Edmonton Roman Catholic Separate School Board ou à l'Edmonton Public School Board. C'est ce que les appelants ont fait, mais leur proposition a été rejetée par les deux conseils. Le Roman Catholic Separate School Board a néanmoins décidé d'entreprendre une étude visant à déterminer si on répondait aux besoins des élèves francophones d'Edmonton. Par suite de cette étude, le Roman Catholic Separate School Board a ordonné en juin 1983 que soit établie en septembre 1984 une école francophone, l'École Maurice-Lavallée, qui relèverait de l'Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7.

La preuve relative à la chronologie de l'établissement de l'École Maurice-Lavallée est assez sommaire. Il semble qu'avant septembre 1984, l'École Maurice-Lavallée était une école d'immersion française. Par la suite, elle a continué à offrir un programme d'immersion aux élèves des septième et huitième années, mais elle est devenue, de la classe maternelle à la sixième année, une école «exclusivement française», à laquelle n'étaient admis que les élèves dont les parents satisfaisaient aux exigences de l'art. 23 de la *Charte*. D'après la preuve, le Roman Catholic Separate School Board District No. 7 avait l'intention d'y instituer un programme intermédiaire en septembre 1985 et d'en démanteler le programme d'immersion sur une période de deux ans. Après cette période de transition, l'école serait composée entièrement d'élèves visés par l'art. 23». Vers la même époque, le conseil scolaire catholique a adopté une motion suivant laquelle il favoriserait et poursuivrait l'établissement d'un programme français de la neuvième à la douzième

of the date of the hearing before the Court of Appeal, the Roman Catholic Board had in fact established a Francophone high school at École J.H. Picard, although details of the operation of this school have not been provided to us.

At École Maurice Lavallée, French is the language of instruction and administration, the personnel are all Francophone, and the stated aim of the school is "to primarily reflect the cultural heritage of the French linguistic minority in Alberta." The government emphasized in its argument that the school is not a French immersion school. The respondent also pointed out that non-residents are granted admission to the school if they qualify under s. 23 of the *Charter* and that the school has a Parent Advisory Committee which is incorporated pursuant to the *Societies Act*, R.S.A. 1980, c. S-18, and which acts as an advisory body to the Board of Trustees.

As a result of the failure of the government to accede to all of their requests, the appellants commenced the action which has culminated in the present appeal. They began the action in October 1983, before the opening of École Maurice Lavallée, but it is clear from the appellants' arguments that they were not and are not satisfied with the system under which École Maurice Lavallée operates. In their statement of claim, the appellants requested that the court make a variety of declarations pursuant to s. 24(1) of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Because of their number and the detail of these declarations, it will be helpful to reproduce them verbatim. The appellants asked for declarations stating:

(a) ... that in the metropolitan area of the City of Edmonton there are sufficient numbers of children whose parents are Canadian citizens and whose first language learned and still understood is that of the French minority language in Alberta, and whose parents have received their primary school instruction in Canada in the French language and who reside in Alberta, to warrant out of public funds the provision to their children of French minority language instruction and the right to receive that instruction in French minority lan-

année à l'École J.-H.-Picard. À la date de l'audience devant la Cour d'appel, le conseil scolaire catholique avait effectivement établi une école secondaire francophone à l'École J.-H.-Picard, quoiqu'on ne nous ait pas fourni de détails concernant le fonctionnement de cette école.

À l'École Maurice-Lavallée, le français est la langue de l'instruction et de l'administration, et tout le personnel est francophone. De plus, le but énoncé de l'école est [TRADUCTION] «principalement de refléter le patrimoine culturel de la minorité francophone en Alberta». Le gouvernement a souligné dans son argumentation qu'il ne s'agit pas d'une école d'immersion française. L'intimée a fait remarquer en outre que les non-résidents qui répondent aux exigences de l'art. 23 de la *Charte* sont admis à cette école et que celle-ci est dotée d'un comité consultatif de parents qui a été constitué en personne morale en vertu de la *Societies Act*, R.S.A. 1980, ch. S-18, et qui remplit une fonction consultative auprès du conseil scolaire.

Comme le gouvernement n'a pas accédé à toutes leurs demandes, les appelants ont engagé l'action qui a abouti au présent pourvoi. Cette action a été intentée en octobre 1983, avant l'ouverture de l'École Maurice-Lavallée, mais il se dégage nettement des arguments des appelants qu'ils étaient, et sont toujours, insatisfaits du régime sous lequel fonctionne cette école. Dans leur déclaration, les appelants demandent plusieurs jugements déclaratoires fondés sur le par. 24(1) de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Puisque les déclarations sollicitées sont nombreuses et détaillées, il est utile de les reproduire textuellement. Les appelants demandent un jugement déclarant:

[TRADUCTION]

a) ... qu'il y a dans la région métropolitaine d'Edmonton un nombre suffisant d'enfants dont les parents sont des citoyens canadiens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone de l'Alberta, et d'enfants dont les parents ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français au Canada et résident en Alberta, pour que soit justifiée à l'endroit de ces enfants la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité francophone et le droit de recevoir cette instruction dans des

guage facilities in the Province of Alberta, pursuant to section 23 of the *Charter*;

(b) . . . that the rights granted pursuant to section 23 of the *Charter* entitle the plaintiffs to be granted equivalent powers, rights, and duties as those granted to parents of English speaking children in the Province of Alberta and further, and without restricting the generality of the foregoing:

(i) the right to have their children educated in a homogenous French language program lending 100% of the time spent in class to instruction in the French language;

(ii) the power to establish school jurisdictions to administer French language educational facilities;

(iii) the power to collect taxes and otherwise provide revenue for the operation of French language educational facilities;

(iv) the power to hire and fire teachers, and implement curriculum within French language educational facilities;

(v) the power to elect school trustees and hire administrative personnel to supervise the operation of school jurisdictions containing French language educational facilities;

(c) . . . that the rights granted pursuant to section 23 of the *Charter* entitle the plaintiffs to be granted the right to have their children educated in facilities which are equivalent to those provided to English speaking children in the province of Alberta.

(d) . . . that *The School Act*, its seven amendments and regulations thereto, insofar as they are inconsistent with section 23 of the *Charter*, are of no force or effect. [Emphasis added.]

The statement of defence merely stated two propositions regarding the scope of s. 23 of the *Charter*. First, that the right to minority language instruction out of public funds arises only where warranted by a sufficient number of “s. 23 students” in an existing school district or division. Second, that there is a further right to receive such instruction in minority language educational facilities provided out of public funds, but only in those school districts or divisions where the number of “s. 23 students”—a number higher than that required for minority language instruction alone—so warrants. The respondent neither admitted nor

établissements de la minorité francophone dans la province de l’Alberta, conformément à l’article 23 de la *Charte*;

b) . . . que l’article 23 de la *Charte* confère aux demandeurs les mêmes pouvoirs, droits et obligations qu’aux parents d’enfants anglophones dans la province de l’Alberta et que, en outre, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, ils ont:

(i) le droit de faire instruire leurs enfants dans un programme homogène en langue française dans le cadre duquel la totalité des cours sont dispensés en français;

(ii) le pouvoir d’établir des districts scolaires pour l’administration des établissements d’enseignement de langue française;

(iii) le pouvoir de lever des impôts et de voir de toute autre manière au financement des établissements d’enseignement de langue française;

(iv) le pouvoir d’embaucher et de licencier les enseignants et de mettre en œuvre le programme d’études dans les établissements d’enseignement de langue française;

(v) le pouvoir d’élire des conseillers scolaires et d’engager du personnel administratif pour la surveillance du fonctionnement de districts scolaires où se trouvent des établissements d’enseignement de langue française;

c) . . . que l’article 23 de la *Charte* confère aux demandeurs le droit de faire instruire leurs enfants dans des établissements qui équivalent à ceux fournis aux enfants anglophones dans la province de l’Alberta;

d) . . . que *The School Act*, les sept modifications qui y ont été apportées et ses règlements d’application sont inopérants dans la mesure de leur incompatibilité avec l’article 23 de la *Charte*. [Je souligne.]

La défense se borne à l’énoncé de deux propositions concernant la portée de l’art. 23 de la *Charte*. La première est que le droit à l’instruction, financée sur les fonds publics, dans la langue de la minorité n’existe que lorsque cela est justifié par un nombre suffisant d’«élèves visés par l’art. 23» dans un district ou une subdivision scolaire existant déjà. La seconde est qu’il existe en outre un droit de recevoir cette instruction dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics, mais seulement dans les districts ou subdivisions scolaires où le nombre d’«élèves visés par l’art. 23»—un nombre plus élevé

denied that there was a sufficient number of “s. 23 students” to trigger either of these rights in any school district or division within the province of Alberta.

At the heart of this appeal is the claim of the appellants that the term “minority language educational facilities” referred to in s. 23(3)(b) includes administration by distinct school boards. The respondent takes the position that the word “facilities” means a school building. The respondent submits that the rights of the Francophone minority in metropolitan Edmonton have not been denied because those rights are being met with current Francophone educational facilities.

Judgments of the Alberta Courts

Court of Queen's Bench

Purvis J. accepted many of the appellants' general arguments and granted them some declaratory relief: (1985), 22 D.L.R. (4th) 24. However, he declined to grant the specific declarations which the appellants sought. In respect of the central issues of (a) the content of the s. 23 rights, and (b) whether the number of French language students in Edmonton warranted granting such rights, Purvis J. held, first, that s. 23 bestows “a degree of exclusive management and control over provision and administration of minority language schools” and, second, that “there is a sufficient number of children of the French linguistic minority” in Edmonton to warrant granting such rights. In his formal judgment he stated that the degree of exclusive management and control required by s. 23 extends to making decisions pertaining to minority language instruction, including:

- (a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities;
- (b) appointment and direction of those responsible for the administration of such instruction and facilities;

que celui requis aux seules fins de l'instruction dans la langue de la minorité—le justifie. L'intimée n'a ni reconnu ni nié qu'il y avait dans quelque district ou subdivision scolaire que ce soit dans la province de l'Alberta un nombre suffisant d'«élèves visés par l'art. 23» pour faire naître l'un ou l'autre de ces droits.

Au cœur du présent pourvoi est l'assertion des appelants que l'expression «établissements d'enseignement de la minorité linguistique» employée à l'al. 23(3)b) comprend l'administration par des conseils scolaires distincts. L'intimée pour sa part prétend que le mot «établissements» signifie bâtiments scolaires. Selon l'intimée, la minorité francophone de la communauté urbaine d'Edmonton n'a pas été lésée dans ses droits puisque ses droits sont respectés par les établissements d'enseignement francophones actuels.

Les jugements des tribunaux de l'Alberta

Cour du Banc de la Reine

Le juge Purvis a retenu un bon nombre des arguments généraux des appelants et a fait en leur faveur certaines déclarations: (1985), 22 D.L.R. (4th) 24. Il leur a toutefois refusé les déclarations précises qu'ils avaient sollicitées. Sur les questions principales a) du contenu des droits garantis par l'art. 23, et b) de la justification par le nombre d'élèves francophones à Edmonton de l'attribution de ces droits, le juge Purvis a statué d'abord que l'art. 23 confère [TRADUCTION] «un certain degré de gestion et de contrôle exclusifs à l'égard de la création et de l'administration d'établissements d'enseignement de langue française» et ensuite qu' [TRADUCTION] «il y a un nombre suffisant d'enfants de la minorité francophone» à Edmonton pour justifier que ces droits leur soient accordés. Dans son jugement formel, il déclare que le degré de gestion et de contrôle exclusifs exigé par l'art. 23 comporte la prise de décisions relatives à l'instruction dans la langue de la minorité et, notamment, en ce qui concerne:

[TRADUCTION]

- a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements;
- b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;

- (c) establishment of programs of instruction;
- (d) recruitment and assignment of teachers and other personnel; and
- (e) making of agreements for education and services for minority language pupils;

In his reasons for judgment, Purvis J. also stated that he approved of the Ontario Court of Appeal's judgment in *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491, and he noted that the Ontario court had "stated that the necessary degree of control and management might be accomplished if *minority representation was guaranteed on local boards or authorities.*" (Emphasis in original.)

Purvis J. held that his interpretation of s. 23 did not lead to a conflict with the rights of denominational school boards, as guaranteed by s. 17 of the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (which section replaces, in the case of Alberta, s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, the provision guaranteeing the rights of denominational schools) and protected by s. 29 of the *Charter*. He stated that the powers of denominational schools which would be affected by s. 23 were not powers "in respect of denominational schools" and, therefore, the constitutional rights of denominational schools did not conflict with s. 23 of the *Charter*.

With respect to the request for a declaration that Francophone students should enjoy equivalent educational facilities to those enjoyed by English students, Purvis J. stated (at p. 49):

The practicalities imposed by what I have referred to as the two numbers tests [the test for French language instruction and the test for French language facilities] may from time to time result in a minority student, French or English, receiving education in the minority language in facilities which are more or less advantageous than those enjoyed by the majority.

In response to the appellants' demand for a declaration that they possess equivalent powers to those enjoyed by English parents, including those powers with respect to taxing, establishing juris-

- c) l'établissement de programmes scolaires;
- d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et
- e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique;

Dans les motifs de son jugement, le juge Purvis a en outre exprimé son approbation de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491, et il a fait observer que la cour ontarienne avait [TRADUCTION] «affirmé que le niveau requis de contrôle et de gestion pourrait être atteint si *la représentation de la minorité était garantie au sein des conseils locaux.*» (En italique dans l'original.)

Le juge Purvis a conclu que son interprétation de l'art. 23 n'entraîne pas en conflit avec les droits des conseils scolaires confessionnels, garantis par l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 (cet article, dans le cas de l'Alberta, remplace le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui garantit les droits des écoles confessionnelles) et protégés par l'art. 29 de la *Charte*. Il a ajouté que les pouvoirs des écoles confessionnelles qui seraient touchés par l'art. 23 n'étaient pas des pouvoirs «concernant les écoles confessionnelles», de sorte que les droits constitutionnels relatifs à celles-ci étaient compatibles avec l'art. 23 de la *Charte*.

En ce qui concerne la demande d'une déclaration que les élèves francophones devraient disposer d'établissements d'enseignement comparables à ceux des élèves anglophones, le juge Purvis a dit (à la p. 49):

[TRADUCTION] Sur le plan pratique, les deux critères que j'appelle numériques [le critère pour l'instruction en français et le critère pour les établissements destinés aux francophones] peuvent parfois avoir pour conséquence qu'un élève de la minorité francophone ou anglophone recevra l'enseignement dans la langue de la minorité dans des établissements plus ou moins avantageux que ceux dont jouit la majorité.

Répondant à la demande d'une déclaration portant que les appelants détiennent les mêmes pouvoirs que ceux des parents anglophones, notamment les pouvoirs en matière d'imposition, de

dictions, electing school trustees, and implementing curriculum, Purvis J. held that s. 23 “does not entitle the plaintiffs to be granted the extensive power and authority they seek” (p. 49). He held that the rights granted under s. 23 are limited to those which he described in his order (quoted above) and, importantly, he added that “these rights have been recognized in timely fashion by the Edmonton Roman Catholic School Division No. 7” (p. 50). As noted by the Court of Appeal, this last finding is not easy to understand in light of Purvis J.’s interpretation of s. 23 and his description of the operation of École Maurice Lavallée. The appellants did not possess the powers which, it appears, they ought to have possessed according to the terms of Purvis J.’s order.

As noted, the appellants also alleged in their statement of claim that certain provisions of the Alberta *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3, were in conflict with s. 23 of the *Charter*. Purvis J. made a general statement to the effect that the *School Act* is in conflict with the *Charter* to the extent that it does not recognize s. 23 rights, but he did not invalidate any of the sections of the Act. This holding appeared to be based on the fact that the impugned sections were “permissive”—that is, they did not lead to a direct conflict with s. 23. In respect of the impugned regulation, Regulation 490/82, which requires that approximately 20 per cent of class time be spent teaching English, Purvis J. found that this was a reasonable limitation on the appellants’ s. 23 rights.

Court of Appeal

Kerans J.A., speaking for the Court of Appeal, dismissed the appellants’ appeal, although, like Purvis J., he did accept a number of the appellants’ general arguments: (1987), 42 D.L.R. (4th) 514. Kerans J.A. first discussed the general nature of s. 23 of the *Charter*. He was of the opinion that the words “instruction” and “educational facilities” in s. 23 of the *Charter* “were chosen for

création de districts scolaires, d’élection de conseillers scolaires et de mise en œuvre du programme d’études, le juge Purvis conclut que l’art. 23 [TRADUCTION] «n’accorde aux demandeurs aucun droit à des pouvoirs aussi larges que ceux qu’ils revendiquent» (p. 49). Selon lui, les droits conférés par l’art. 23 se limitent à ceux énumérés par lui dans son ordonnance (précitée) et, fait significatif, il ajoute que [TRADUCTION] «ces droits ont été reconnus en temps utile par l’Edmonton Roman Catholic School Division No. 7» (p. 50). Comme l’a souligné la Cour d’appel, cette dernière conclusion s’explique difficilement étant donné l’interprétation que le juge Purvis a donnée à l’art. 23 et compte tenu de sa description du fonctionnement de l’École Maurice-Lavallée. Les appelants ne possédaient pas les pouvoirs qui, semble-t-il, auraient dû être les leurs suivant l’ordonnance du juge Purvis.

Comme je l’ai déjà indiqué, les appelants allèguent en outre dans leur déclaration que certaines dispositions de la *School Act* de l’Alberta, R.S.A. 1980, ch. S-3, sont incompatibles avec l’art. 23 de la *Charte*. Le juge Purvis a fait une déclaration générale que la *School Act* est incompatible avec la *Charte* dans la mesure où elle ne reconnaît pas les droits découlant de l’art. 23, mais il n’a invalidé aucune disposition de la Loi. Cette décision paraît reposer sur le fait que les dispositions attaquées [TRADUCTION] «créent une faculté», c’est-à-dire qu’elles n’entrent pas directement en conflit avec l’art. 23. Pour ce qui est du règlement contesté, le règlement 490/82, qui exige qu’environ 20 pour 100 des heures de cours soient consacrées à l’enseignement de l’anglais, le juge Purvis a décidé qu’il s’agissait là d’une restriction raisonnable des droits garantis aux appelants par l’art. 23.

La Cour d’appel

Le juge Kerans, au nom de la Cour d’appel, a rejeté l’appel des appelants, bien que, comme le juge Purvis, il ait accepté plusieurs des arguments généraux des appelants: (1987), 42 D.L.R. (4th) 514. Le juge Kerans a traité d’abord de la nature générale de l’art. 23 de la *Charte*. À son avis, les termes «instruction» et «établissements d’enseignement» de l’art. 23 [TRADUCTION] «avaient été

their very imprecision” (p. 533). He reached the following conclusion (at pp. 534-35 and 538-39):

... the two ideas reflected in s. 23 are to offer strong rights to the s. 23 group to prevent assimilation and foster the growth of both official languages everywhere in Canada and, at the same time, interfere as little as possible with provincial legislative jurisdiction over educational institutions. To the extent that these ideas are in conflict, s. 23 is a compromise.

To me, the compromise lies in the creation of two rights, a compromise that withholds full rights from populations too small to exercise them. The division in s. 23(3) is between the situation where, in a province, a population great enough to warrant independent management of schools exists, and the situation where it does not. The “where numbers warrant” criterion in s. 23(3)(b) provides the line of division.

Throughout his judgment, Kerans J.A. emphasized that s. 23 does “not embrace any particular modality of education” (p. 533) and that “the widest possible discretion is left to the province in terms of institutional arrangements” (p. 534). He said:

I reject, as a result, the argument that s. 23 mandates the modalities of an educational system that henceforth shall apply throughout Canada. I also reject the idea, underlying many arguments on either side of this dispute, that “facility” *must* mean either a typical local school in the public system, or a local school district. The word is, as I have said, institutionally neutral. [Emphasis in original.]

Kerans J.A. briefly considered s. 23(3)(a). He held that this section “mandates *effective* language instruction” (p. 535, emphasis in original), which requirement might, in some cases, demand “involvement in the affairs of the school by local s. 23 persons” (p. 535)—although Kerans J.A. stated that such involvement would not extend to the governance of the schooling. In the instant case,

choisis en raison même de leur imprécision» (p. 533). Le juge Kerans est arrivé à la conclusion suivante (aux pp. 534 et 535 et aux pp. 538 et 539):

^a [TRADUCTION] ... les deux idées reflétées dans l’art. 23 sont d’accorder au groupe visé des droits fermement établis afin d’empêcher son assimilation et de favoriser l’épanouissement des deux langues officielles partout au Canada, et en même temps, de toucher le moins possible à la compétence législative provinciale relativement aux établissements d’enseignement. Dans la mesure où ces idées ne se concilient pas, l’art. 23 représente un compromis.

^c À mon sens, le compromis consiste en la création de deux droits et ce compromis ne confère pas la plénitude des droits à des populations trop peu nombreuses pour les exercer. Le paragraphe 23(3) fait une distinction entre la situation où une population assez importante pour justifier la gestion indépendante des écoles existe dans une province et la situation où il n’existe pas de telle population. La «justification par le nombre» énoncée à l’al. 23(3)(b) constitue la ligne de démarcation entre les deux.

^e Le juge Kerans souligne plusieurs fois dans ses motifs que l’art. 23 [TRADUCTION] «n’envisage pas de modalités particulières en matière d’enseignement» (p. 533) et que «la province doit bénéficier de la plus grande latitude possible en ce qui concerne l’organisation des établissements» (p. 534). Le juge Kerans a dit à ce propos:

^g [TRADUCTION] Je rejette en conséquence l’argument voulant que l’art. 23 prescrive les modalités d’un système d’éducation qui s’appliquera dorénavant partout au Canada. Je repousse également l’idée, sous-jacente à un bon nombre des arguments avancés de part et d’autre dans le présent litige, que le mot «établissement» *doit* signifier soit une école locale typique du système public, soit un district scolaire local. Il s’agit, je le répète, d’un mot qui est neutre du point de vue institutionnel. [En italique dans l’original.]

ⁱ Le juge Kerans a examiné brièvement l’al. 23(3)(a) et a dit qu’il [TRADUCTION] «exige une instruction linguistique *efficace*» (p. 535, en italique dans l’original), laquelle exigence pourrait, dans certains cas, nécessiter [TRADUCTION] «au niveau local, la participation de personnes visées par l’art. 23 aux affaires scolaires» (p. 535), quoique, d’après lui, cette participation ne comprenne

Kerans J.A. held that the “numbers” requirement for s. 23(3)(a) had been met, but he did not make any specific finding as to what s. 23(3)(a) required in the Edmonton area. He noted that the issue was barely argued before him and that, in any event, the section could not support the declarations which the appellants requested.

Kerans J.A. then turned to the main provision at issue in this appeal, s. 23(3)(b). He held that it is “a cogent extension” of the basic right to instruction guaranteed by s. 23(3)(a), that is, it reinforces “the legal right to schooling by the political right to run schools” (p. 536). With respect to the content of s. 23(3)(b), Kerans J.A. reiterated his holding that “specific forms were not entrenched” (p. 536), adding that most of the proposals offered by the parties and the interveners ran afoul of this rule. He agreed with the appellants that the most effective guarantee against “assimilation” of their children is a facility under their exclusive control, but he held that s. 23(3)(b) does not “necessarily create the right to a francophone local school district”. Kerans J.A. stated (at p. 537):

In my view, s. 23(3)(b) guarantees to s. 23 students, where numbers warrant, an educational system (with all its complexity and cost) that not only offers the same quality of education as other systems but is run by the minority language group or its representatives.

and (at p. 539):

I therefore conclude that s. 23(3)(b) offers the minority-language group the right, where numbers warrant, to establish and control an independent school system, but that a province shall select the institutional means by which that right will be implemented.

Kerans J.A. noted that the rights under s. 23(3)(b) are subject to the rights guaranteed to denominational schools under s. 29 of the *Charter*,

pas la direction de l'enseignement. En l'espèce, le juge Kerans a décidé que l'exigence du «nombre» posée par l'al. 23(3)a) avait été remplie, mais il n'a pas précisé ce que requerrait l'al. 23(3)a) dans la région d'Edmonton. La question, a-t-il fait observer, avait à peine été abordée devant lui et, de toute façon, cet alinéa ne pouvait fonder les déclarations sollicitées par les appelants.

Le juge Kerans est passé ensuite à la disposition principalement en cause dans le présent pourvoi, l'al. 23(3)b). Il s'agit, selon lui, d'une [TRADUCTION] «extension logique» du droit fondamental à l'instruction garanti par l'al. 23(3)a), c'est-à-dire qu'il vient renforcer [TRADUCTION] «la garantie juridique en matière d'instruction en l'assortissant du droit politique de diriger des écoles» (p. 536). En ce qui concerne la teneur de l'al. 23(3)b), le juge Kerans a répété sa conclusion que [TRADUCTION] «des modalités particulières n'y sont pas consacrées» (p. 536), ajoutant que la plupart des propositions des parties et des intervenants allaient à l'encontre de cette règle. Bien que partageant l'avis des appelants qu'un établissement placé sous leur contrôle exclusif constituerait leur plus sûre garantie contre «l'assimilation» de leurs enfants, il a statué que l'al. 23(3)b) [TRADUCTION] «ne crée pas nécessairement de droit à un district scolaire local francophone». Le juge Kerans dit (à la p. 537):

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 23(3)b) garantit aux élèves visés par l'art. 23, lorsque leur nombre le justifie, un système d'éducation (avec toute la complexité et tous les coûts qu'il peut comporter) qui non seulement offre un enseignement de la même qualité que celui dispensé dans d'autres systèmes, mais qui est dirigé par la minorité linguistique ou ses représentants.

Il a ajouté (à la p. 539):

[TRADUCTION] Je conclus en conséquence que l'al. 23(3)b) accorde à la minorité linguistique le droit, lorsque le nombre le justifie, d'établir et de diriger un système scolaire indépendant, mais que c'est la province qui choisit les moyens institutionnels de l'exercice de ce droit.

Le juge Kerans a fait remarquer que les droits conférés par l'al. 23(3)b) sont subordonnés aux droits garantis aux écoles confessionnelles par

but he did not make any finding on this issue. He stated (at p. 541) that:

None of these issues was canvassed at trial. Moreover, some appropriate parties including, obviously, separate school districts and separate school supporters, are not before the court in this suit. As a result, it is impossible to make any precise determination at this time about the limits on the power contained in s. 23(3)(b). In the end, I can only note that these rights are subject to limits.

On the crucial question of whether the appellants should be awarded the rights provided for under s. 23(3)(b), Kerans J.A. held that the number of s. 23 students in the Edmonton area was insufficient to trigger the provision. He stated that the appellants "have not proven that numbers in Edmonton could provide, at reasonable cost, a new system equal to that offered now" (p. 543).

For the foregoing reasons, Kerans J.A. did not grant the appellants the declaratory relief which they sought. He also declined to invalidate any of the provisions of the *Alberta School Act*. His general view appeared to be that there was no conflict because: (a) the impugned sections of the Act were permissive; and (b) the existing educational arrangements did in fact satisfy s. 23. Kerans J.A. noted that it was unnecessary for him to consider Regulation 490/82, but he stated that he agreed with the trial judge that the regulation was a reasonable limit on s. 23 of the *Charter*.

Finally, Kerans J.A. considered a variety of arguments based upon s. 15 of the *Charter* (the equality provision). Kerans J.A. dismissed all of these arguments, stating, "I cannot see how, in the name of equality, an Albertan can claim for himself the right to establish a school in opposition to the public school" (p. 550).

Analysis

The primary issue raised by this appeal is the degree, if any, of "management and control" of a

l'art. 29 de la *Charte*, mais il n'a pas statué sur cette question (à la p. 541):

[TRADUCTION] Aucune de ces questions n'a été débattue en première instance. De plus, certains intéressés, dont, évidemment, les districts d'écoles séparés et les contribuables des écoles séparées, ne sont pas parties au présent litige. Par conséquent, il est impossible en ce moment de déterminer avec exactitude les limites du pouvoir conféré par l'al. 23(3)b). Je ne puis finalement que constater que ces droits sont soumis à des restrictions.

Sur la question cruciale de savoir si on devrait accorder aux appelants les droits prévus à l'al. 23(3)b), le juge Kerans a décidé que le nombre d'élèves visés par l'art. 23 à Edmonton et dans ses environs ne suffisait pas pour rendre cette disposition applicable. Il a dit que les appelants [TRADUCTION] «n'ont pas prouvé que les nombres sont suffisants à Edmonton pour fournir un nouveau système égal au système actuel, à un coût raisonnable» (p. 543).

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, le juge Kerans n'a pas accordé aux appelants les déclarations qu'ils ont demandées. Il a refusé en outre d'invalider quelque disposition que ce soit de la *School Act* de l'Alberta. Son opinion générale semble avoir été qu'il n'y avait pas de conflit parce que: a) les dispositions contestées de la Loi créaient une faculté; et b) les mesures déjà prises en matière d'éducation répondaient en fait aux exigences posées par l'art. 23. Le juge Kerans a signalé qu'il n'était pas nécessaire d'étudier le règlement 490/82, mais il s'est dit d'accord avec le premier juge que ce règlement constituait une restriction raisonnable à l'art. 23 de la *Charte*.

Finalement, le juge Kerans s'est penché sur divers arguments fondés sur l'art. 15 de la *Charte* (portant sur l'égalité). Il a rejeté chacun de ces arguments, disant: [TRADUCTION] «Je ne puis voir comment un Albertain peut, au nom de l'égalité, revendiquer pour lui-même le droit d'établir une école qui fera concurrence à l'école publique» (p. 550).

Analyse

La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si et dans quelle mesure la «gestion et

French language school which should be accorded to s. 23 parents in Edmonton. (The phrase “management and control”, it should be noted, is not a term of art: it appears to have been introduced in earlier s. 23 cases and has now gained such currency that it was utilized by all the groups in this appeal.) The appellants appear to accept that, with a few exceptions, the government has provided whatever other services or rights might be mandated in Edmonton under s. 23: their fundamental complaint is that they do not have the exclusive management and control of the existing Franco-phone schools. The other issues raised by the appellants in their statement of claim are either consequent upon or secondary to this primary issue.

Because it will not be necessary in this appeal to discuss all of the rights and services which, in the appropriate circumstances, s. 23 might require in Edmonton, or elsewhere, I will attempt to limit my comments to those necessary to resolve the particular dispute at issue. This appeal is the first occasion on which this Court has considered s. 23(3) of the *Charter* in any detail, and in view of the complexity and importance of the issues raised by the provision it would be imprudent for the Court to go any further.

There are two general questions which must be answered in order to decide this appeal: (1) do the rights which s. 23 mandates, depending upon the number of students, include a right to management and control; and (2) if so, is the number of students in Edmonton sufficient to invoke this right? I will begin with the first question.

It appeared to be common ground between the parties that if a right to management and control is provided by s. 23, it must be found in the right to “minority language educational facilities” set out in subs. (3)(b). Before this particular subsection can be examined, however, it is essential to consider two general matters: (1) the purpose of s. 23; and (2) the relationship between the different subsections and paragraphs which comprise s. 23. In interpreting s. 23, as in interpreting any provision of the *Charter*, it is crucial to consider the underlying purpose of the section. As to the second

le contrôle» d’une école de langue française devraient être confiés aux parents visés par l’art. 23, à Edmonton. (L’expression «gestion et contrôle», soulignons-le, n’est pas un terme technique; elle semble avoir été employée dans d’autres causes portant sur l’art. 23 et est devenue tellement courante que tous les groupes participant au présent pourvoi l’ont utilisée.) Les appelants reconnaissent apparemment qu’à quelques exceptions près, le gouvernement leur a accordé tous les autres services ou droits pouvant être requis à Edmonton sous le régime de l’art. 23. Ils se plaignent essentiellement de ce qu’ils n’ont pas la gestion et le contrôle exclusifs des écoles françaises existantes. Les autres questions soulevées par les appelants dans leur déclaration découlent de cette question principale ou y sont subsidiaires.

Puisqu’il n’est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de traiter de tous les droits et services que, dans des circonstances appropriées, l’art. 23 pourrait exiger à Edmonton ou ailleurs, je vais tenter de me borner aux observations qui sont nécessaires pour trancher le litige en l’espèce. C’est la première fois que notre Cour fait une étude approfondie du par. 23(3) de la *Charte* et, vu la complexité et l’importance des questions soulevées par cette disposition, il serait imprudent de ne pas s’en tenir à cela.

Pour trancher le pourvoi, nous devons répondre à deux questions générales: (1) les droits que prescrit l’art. 23, selon le nombre d’élèves, comprennent-ils le droit à la gestion et au contrôle? (2) dans l’affirmative, le nombre d’élèves à Edmonton est-il suffisant pour que ce droit puisse être invoqué? Commençons par la première question.

Les parties semblent convenir que, si l’art. 23 confère un droit à la gestion et au contrôle, ce droit doit résulter du droit à «des établissements d’enseignement de la minorité linguistique» énoncé à l’al. (3)b). Avant d’étudier cet alinéa toutefois, l’examen de deux points généraux s’impose: (1) l’objet de l’art. 23 et (2) le rapport entre les différents paragraphes et alinéas qui composent l’art. 23. Dans l’interprétation de cet article, comme dans l’interprétation de toute disposition de la *Charte*, il est primordial de prendre en considération son objet sous-jacent. Pour ce qui est du

matter, the structure of s. 23 makes it imperative that each part of the section be read in the context of all of the constituent parts.

(1) *The Purpose of s. 23*

The general purpose of s. 23 is clear: it is to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population. The section aims at achieving this goal by granting minority language educational rights to minority language parents throughout Canada.

My reference to cultures is significant: it is based on the fact that any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them. The cultural importance of language was recognized by this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49:

Language is not merely a means or medium of expression; it colors the content and meaning of expression. It is, as the preamble of the *Charter of the French Language* itself indicates, a means by which a people may express its cultural identity. [Emphasis added.]

Similar recognition was granted by the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, itself a major force in the eventual entrenchment of language rights in the *Charter*. At page 8 of Book II of its report, the Commission stated:

Language is also the key to cultural development. Language and culture are not synonymous, but the vitality of the language is a necessary condition for the complete preservation of a culture.

And at p. 19, in a comment on the role of minority language schools, the Commission added:

second point, la structure de l'art. 23 rend impérative l'interprétation de chacune de ses parties dans le contexte de l'ensemble de l'article.

^a (1) *L'objet de l'art. 23*

L'objet général de l'art. 23 est clair: il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada.

Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent. L'importance culturelle du langage a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 748 et 749:

Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. [Je souligne.]

^h C'est ce qu'a reconnu également la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, qui a joué elle-même un rôle de premier plan dans la constitutionnalisation de droits linguistiques dans la *Charte*. À la page 8 du Livre II de son rapport, la Commission dit:

La langue est en outre la clef du progrès culturel. Certes, langue et culture ne sont pas synonymes, mais le dynamisme de la première est indispensable à la préservation intégrale de la seconde.

^j Et, à la p. 19, la Commission ajoute concernant le rôle des écoles de la minorité linguistique:

These schools are essential for the development of both official languages and cultures; . . . the aim must be to provide for members of the minority an education appropriate to their linguistic and cultural identity . . . [Emphasis added.]

In addition, it is worth noting that minority schools themselves provide community centres where the promotion and preservation of minority language culture can occur; they provide needed locations where the minority community can meet and facilities which they can use to express their culture.

A further important aspect of the purpose of s. 23 is the role of the section as a remedial provision. It was designed to remedy an existing problem in Canada, and hence to alter the status quo. As Kerans J.A. succinctly put it, "the very existence of the section implies the inadequacy of the present regime" (p. 534). The remedial nature of s. 23 was clearly acknowledged by this Court in the *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 79:

The special provisions of s. 23 of the *Charter* make it a unique set of constitutional provisions, quite peculiar to Canada.

This set of constitutional provisions was not enacted by the framers in a vacuum. When it was adopted, the framers knew, and clearly had in mind the regimes governing the Anglophone and Francophone linguistic minorities in various provinces in Canada so far as the language of instruction was concerned. They also had in mind the history of these regimes, both earlier ones such as Regulation 17, which for a time limited instruction in French in the separate schools of Ontario . . . as well as more recent ones such as *Bill 101* and the legislation which preceded it in Quebec. Rightly or wrongly,—and it is not for the courts to decide,—the framers of the Constitution manifestly regarded as inadequate some—and perhaps all—of the regimes in force at the time the *Charter* was enacted, and their intention was to remedy the perceived defects of these regimes by uniform corrective measures, namely those contained in s. 23 of the *Charter*, which were at the same time given the status of a constitutional guarantee. [Emphasis added.]

Ces écoles sont indispensables à l'épanouissement des deux langues et des deux cultures officielles [. . .] il s'agit de dispenser aux membres de la minorité un enseignement qui convienne particulièrement à leur identité linguistique et culturelle . . . [Je souligne.]

Il convient de faire remarquer en outre que les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture.

Un autre aspect important de l'objet de l'art. 23 est son rôle de disposition réparatrice. Conçu pour régler un problème qui se posait au Canada, il visait donc à changer le statu quo. Pour reprendre la formule succincte du juge Kerans, [TRADUCTION] «l'existence même de l'article laisse supposer l'insuffisance du système actuel» (p. 534). Le caractère réparateur de l'art. 23 a été reconnu d'une façon non équivoque par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 79:

L'article 23 de la *Charte* constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada.

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne comme celle du Règlement 17 qui a restreint pour un temps l'enseignement en français dans les écoles séparées de l'Ontario [. . .] que l'histoire relativement récente comme celle de la *Loi 101* et des régimes qui l'ont précédée au Québec. À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices unificatrices, celles de l'art. 23 de la *Charte*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle. [Je souligne.]

See also *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184 (N.S.C.A.), at p. 193.

In my view the appellants are fully justified in submitting that "history reveals that s. 23 was designed to correct, on a national scale, the progressive erosion of minority official language groups and to give effect to the concept of the 'equal partnership' of the two official language groups in the context of education."

The remedial aspect of s. 23 was indirectly questioned by the respondent and several of the interveners in an argument which they put forward for a "narrow construction" of s. 23. The following statements by Beetz J. in a case dealing with s. 16 of the *Charter, Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578, were relied upon in support of this argument:

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination.

Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

I do not believe that these words support the proposition that s. 23 should be given a particularly narrow construction, or that its remedial purpose should be ignored. Beetz J. makes it clear in this quotation that language rights are not cast in

Voir aussi *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184 (C.A.N.-É.), à la p. 193.

À mon avis, les appelants ont parfaitement raison d'affirmer que [TRADUCTION] «l'histoire révèle que l'art. 23 était destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de «partenaires égaux» des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation».

L'aspect réparateur de l'art. 23 a été indirectement mis en doute par l'intimée et par plusieurs intervenants dans l'argument qu'ils ont présenté en faveur d'une «interprétation restrictive» de l'art. 23. Au soutien de cet argument, ils ont invoqué les propos suivants du juge Beetz dans une affaire portant sur l'art. 16 de la *Charte: Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578:

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

Je ne crois pas que ce passage appuie la proposition que l'art. 23 doit recevoir une interprétation particulièrement restrictive ou qu'il faut faire abstraction de son caractère réparateur. Le juge Beetz précise bien dans cette citation que les droits lin-

stone nor immune from judicial interpretation. In *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1176, Wilson J. made the following comments in respect of the above quotation:

While due regard must be paid not to give a provision which reflects a political compromise too wide an interpretation, it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed.

I agree. Beetz J.'s warning that courts should be careful in interpreting language rights is a sound one. Section 23 provides a perfect example of why such caution is advisable. The provision provides for a novel form of legal right, quite different from the type of legal rights which courts have traditionally dealt with. Both its genesis and its form are evidence of the unusual nature of s. 23. Section 23 confers upon a group a right which places positive obligations on government to alter or develop major institutional structures. Careful interpretation of such a section is wise: however, this does not mean that courts should not "breathe life" into the expressed purpose of the section, or avoid implementing the possibly novel remedies needed to achieve that purpose.

(2) *The Context of s. 23(3)(b): An Overview of s. 23*

The proper way of interpreting s. 23, in my opinion, is to view the section as providing a general right to minority language instruction. Paragraphs (a) and (b) of subs. (3) qualify this general right: para. (a) adds that the right to instruction is only guaranteed where the "number of children" warrants, while para. (b) further qualifies the general right to instruction by adding that where numbers warrant it includes a right to "minority language educational facilities". In my view, subs. (3)(b) is included in order to indicate the upper range of possible institutional requirements which may be mandated by s. 23 (the government may, of course, provide more than the minimum required by s. 23).

guistiques ne sont pas immuables et qu'ils n'échappent pas à l'interprétation judiciaire. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1176, le juge Wilson dit ce qui suit concernant le passage reproduit ci-dessus:

Bien qu'il faille se garder d'interpréter d'une manière trop large une disposition qui traduit un compromis politique, il doit tout de même être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé.

Je suis d'accord. C'est à très juste titre que le juge Beetz invite les tribunaux à la prudence dans l'interprétation de droits linguistiques. L'article 23 illustre parfaitement la raison d'une telle prudence. Cette disposition énonce un nouveau genre de garantie juridique, très différente de celles dont les tribunaux ont traditionnellement traité. Tant son origine que la forme qu'il revêt témoignent du caractère inhabituel de l'art. 23. En effet, l'art. 23 confère à un groupe un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles. S'il y a lieu d'être prudent dans l'interprétation d'un tel article, cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas «insuffler la vie» à l'objet exprimé ou devraient se garder d'accorder les réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet.

(2) *Le contexte de l'al. 23(3)b): Une vue d'ensemble de l'art. 23*

La façon dont il convient d'interpréter l'art. 23, selon moi, est de le considérer comme attributif d'un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité. Les alinéas a) et b) du par. (3) précisent ce droit général: l'al. a) ajoute que le droit à l'instruction n'est garanti que lorsque le «nombre des enfants» le justifie, tandis que l'al. b) précise davantage le droit général à l'instruction en édictant que, si le nombre le justifie, ce droit comprend le droit à des «établissements d'enseignement de la minorité linguistique». À mon avis, l'al. (3)b) a été inclus à titre d'indication de la gamme supérieure d'exigences institutionnelles que peut imposer l'art. 23 (il va sans dire que le gouvernement peut fournir davantage que le minimum requis par l'art. 23).

Another way of expressing the above interpretation of s. 23 is to say that s. 23 should be viewed as encompassing a "sliding scale" of requirement, with subs. (3)(b) indicating the upper level of this range and the term "instruction" in subs. (3)(a) indicating the lower level. The idea of a sliding scale is simply that s. 23 guarantees whatever type and level of rights and services is appropriate in order to provide minority language instruction for the particular number of students involved.

The sliding scale approach can be contrasted with that which views s. 23 as only encompassing two rights—one with respect to instruction and one with respect to facilities—each providing a certain level of services appropriate for one of two numerical thresholds. On this interpretation of s. 23, which could be called the "separate rights" approach, a specified number of s. 23 students would trigger a particular level of instruction, while a greater, specified number of students would require, in addition, a particular level of minority language educational facilities. Where the number of students fell between the two threshold numbers, only the lower level of instruction would be required.

The sliding scale approach is preferable to the separate rights approach, not only because it accords with the text of s. 23, but also because it is consistent with the purpose of s. 23. The sliding scale approach ensures that the minority group receives the full amount of protection that its numbers warrant. Under the separate rights approach, if it were accepted, for example, that "X" number of students ensured a right to full management and control, then presumably "X-1" students would not bring about any rights to management and control or even to a school building. Given the variety of possible means of fulfilling the purpose of s. 23, such a result is unacceptable. Moreover, the separate rights approach places parties like the appellants in the paradoxical position of forwarding an argument which, if accepted, might ultimately harm the overall position of minority language students in Canada. If, for instance, the appellants succeeded in persuading this Court that s. 23 mandates a

On peut exprimer autrement cette interprétation de l'art. 23 en disant qu'il doit être considéré comme établissant une exigence «variable», le niveau supérieur étant prévu à l'al. (3)b) et le niveau inférieur, correspondant au mot «instruction», étant prévu à l'al. (3)a). L'idée de critère variable signifie simplement que l'art. 23 garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question.

On peut opposer la méthode du critère variable au point de vue selon lequel l'art. 23 comporte seulement deux droits—l'un relatif à l'instruction et l'autre relatif aux établissements—assurant chacun le niveau de services qui convient à l'un de deux seuils numériques. Selon cette interprétation de l'art. 23, que l'on pourrait appeler la méthode des «droits distincts», l'existence d'un nombre donné d'élèves visés par l'art. 23 ouvrirait le droit à un niveau particulier d'instruction, tandis qu'un nombre donné plus élevé exigerait en outre un certain niveau d'établissements d'enseignement de la minorité linguistique. Si le nombre d'élèves se situait entre ces deux seuils, c'est le seuil inférieur qui déterminerait le niveau d'instruction requis.

La méthode du critère variable est préférable à celle des droits distincts, non seulement parce qu'elle concorde avec le texte de l'art. 23, mais aussi parce qu'elle est compatible avec l'objet de l'art. 23. La méthode du critère variable assure à la minorité la plénitude de la protection que justifie son nombre. Suivant la méthode des droits distincts, s'il était admis, par exemple, qu'un nombre «X» d'élèves garantissait le droit à la pleine gestion et au plein contrôle, il s'ensuivrait normalement que le nombre «X-1» d'élèves ne fonderait aucun droit à la gestion et au contrôle, ni même à un bâtiment scolaire. Étant donné la diversité des moyens possibles d'atteindre l'objet de l'art. 23, un tel résultat est inacceptable. De plus, la méthode des droits distincts met des personnes comme les appelants dans la position paradoxale d'avoir à avancer un argument qui, s'il était retenu, pourrait nuire en fin de compte à la situation globale des élèves appartenant à une minorité linguistique au Canada. Si, par exemple, les appe-

completely separate school board—as opposed to some sort of representation on an existing board—then other groups of s. 23 parents with slightly fewer numbers might find themselves without a right to any degree of management and control—even though their numbers might justify granting them some degree of management and control.

The only way to avoid the weaknesses of the separate rights approach would be to lower the number requirement—with the result that it would be impractical to require governments to provide more than the minimum level of minority language educational services. In my view, it is more sensible, and consistent with the purpose of s. 23, to interpret s. 23 as requiring whatever minority language educational protection the number of students in any particular case warrants. Section 23 simply mandates that governments do whatever is practical in the situation to preserve and promote minority language education.

There are outer limits to the sliding scale of s. 23. In general, s. 23 may not require that anything be done in situations where there are a small number of minority language students. There is little that governments can be required to do, for instance, in the case of a solitary, isolated minority language student. Section 23 requires, at a minimum, that “instruction” take place in the minority language: if there are too few students to justify a programme which qualifies as “minority language instruction”, then s. 23 will not require any programmes be put in place. However, the question of what is the “minimum” programme which could constitute “instruction”, and the further question of how many students might be required in order to warrant such a programme, are not at issue in this appeal and I will not be addressing them. The question at issue here concerns only the “upper level” of the possible range of requirements under

lants réussissaient à convaincre notre Cour que l’art. 23 exige l’établissement d’un conseil scolaire distinct, par opposition à une forme de représentation au sein d’un conseil déjà existant, d’autres groupes de parents visés par l’art. 23 risqueraient alors, si les nombres en cause étaient inférieurs, de n’avoir droit à aucun degré de gestion et de contrôle, même si leur nombre était susceptible de justifier l’octroi d’un certain degré de gestion et de contrôle.

La seule façon d’éviter les failles inhérentes à la méthode des droits distincts serait de baisser l’exigence numérique—le résultat étant alors qu’on ne pourrait exiger à toutes fins pratiques que les gouvernements fournissent davantage que le minimum de services d’enseignement dans la langue de la minorité. À mon avis, il est plus logique, et compatible aussi avec l’objet de l’art. 23, d’interpréter celui-ci comme exigeant le degré de protection du droit à l’enseignement dans la langue de la minorité que justifie le nombre d’élèves dans un cas donné. L’article 23 prescrit simplement que les gouvernements doivent faire ce qui est pratiquement faisable dans les circonstances pour maintenir et promouvoir l’instruction dans la langue de la minorité.

Le critère variable prévu par l’art. 23 comporte des limites. En règle générale, on ne peut exiger en vertu de l’art. 23 que des mesures soient prises dans des situations où le nombre d’élèves de la minorité linguistique est faible. On ne peut exiger grand chose d’un gouvernement dans le cas par exemple d’un seul et unique élève de la minorité linguistique. L’article 23 requiert au minimum que «l’instruction» se fasse dans la langue de la minorité: si les élèves sont trop peu nombreux pour justifier un programme pouvant être qualifié «d’instruction dans la langue de la minorité», l’art. 23 n’exige pas la création d’un programme de ce genre. Ni la question de ce qu’est le programme «minimum» pouvant constituer de «l’instruction» ni celle du nombre d’élèves pouvant être requis pour justifier un tel programme ne se posent cependant dans le présent pourvoi et je ne les aborderai pas. La question en litige ici ne concerne que le «niveau supérieur» de la gamme possible d’exigences posées par l’art. 23, c’est-à-dire ce qui est exigé dans le

s. 23—that is, the requirements where there are a relatively large number of s. 23 students.

(3) *Management and Control Under s. 23(3)(b)—Introduction*

Both the trial judge and the Court of Appeal found that s. 23(3)(b) allows for the possibility of securing to minority language parents a measure of management and control. Purvis J. held that s. 23 bestows “a degree of exclusive management and control over provision and administration of minority language schools” while, as mentioned earlier, Kerans J.A. stated (at p. 539) that:

... s. 23(3)(b) offers the minority-language group the right, where numbers warrant, to establish and control an independent school system, but that a province shall select the institutional means by which that right will be implemented.

Courts in Ontario, Saskatchewan, Nova Scotia and Prince Edward Island have reached similar conclusions (*Reference Re Education Act of Ontario, supra*; *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan* (1988), 48 D.L.R. (4th) 315 (Sask. Q.B.); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General), supra*; and *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236 (P.E.I.S.C., App. Div.))

Before directly addressing the question of management and control, I wish to dispose briefly of two arguments raised by the parties. The first, advanced by the appellants, is that s. 23 of the *Charter* should be interpreted in light of the words of ss. 15 and 27 of the *Charter*. These provisions read as follows:

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

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

cas où il existe un nombre relativement important d'élèves visés par l'art. 23.

(3) *Gestion et contrôle sous le régime de l'al. 23(3)(b)—Introduction*

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous les deux conclu que l'al. 23(3)(b) admet la possibilité d'assurer aux parents appartenant à la minorité linguistique une certaine mesure de gestion et de contrôle. Le juge Purvis a statué que l'art. 23 confère «un certain degré de gestion et de contrôle exclusifs à l'égard de la création et de l'administration d'établissements d'enseignement de langue française», alors que, comme je l'ai déjà mentionné, le juge Kerans a dit que (à la p. 539):

... l'al. 23(3)(b) accorde à la minorité linguistique le droit, lorsque le nombre le justifie, d'établir et de diriger un système scolaire indépendant, mais que c'est la province qui choisit les moyens institutionnels de l'exercice de ce droit.

Des tribunaux de l'Ontario, de la Saskatchewan, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard sont arrivés à des conclusions semblables (*Reference Re Education Act of Ontario, précité*; *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan* (1988), 48 D.L.R. (4th) 315 (B.R. Sask.); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General), précité*; et *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)* (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.))

Avant d'aborder directement la question de la gestion et du contrôle, je tiens à traiter brièvement de deux arguments soulevés par les parties. Le premier, invoqué par les appelants, veut que l'art. 23 de la *Charte* doive s'interpréter en fonction des art. 15 et 27 de la *Charte*, que je cite:

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

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

While I agree that it is often useful to consider the relationship between different sections of the *Charter*, in the interpretation of s. 23 I do not think it helpful in the present context to refer to either s. 15 or s. 27. Section 23 provides a comprehensive code for minority language educational rights; it has its own internal qualifications and its own method of internal balancing. A notion of equality between Canada's official language groups is obviously present in s. 23. Beyond this, however, the section is, if anything, an exception to the provisions of ss. 15 and 27 in that it accords these groups, the English and the French, special status in comparison to all other linguistic groups in Canada. As the Attorney General for Ontario observes, it would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to "every individual".

The second argument, which was advanced by the respondent, is that s. 23 should be interpreted in light of the legislative debates leading up to its introduction. This Court has stated that such debates may be admitted as evidence, but it has also consistently taken the view that they are of minimal relevance (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 506-7). In this case, the evidence from the legislative debates contributes little to the task of interpreting s. 23 and, accordingly, I place no weight upon it.

Having disposed of these preliminary arguments, I will move on to examine whether management and control might be afforded by s. 23 in light of its text and purpose.

(4) *Management and Control—The Text of s. 23(3)(b)*

In my view, the words of s. 23(3)(b) are consistent with and supportive of the conclusion that s. 23 mandates, where the numbers warrant, a measure of management and control. Consider, first, the words of subs. (3)(b) in the context of the entire section. Instruction must take place somewhere and accordingly the right to "instruction"

Bien qu'il soit souvent utile de tenir compte de l'interrelation de divers articles de la *Charte*, je ne crois pas, aux fins de l'interprétation de l'art. 23, qu'on ait avantage à se référer à l'art. 15 ou à l'art. 27 dans le présent contexte. En effet, l'art. 23 établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres. De toute évidence, l'art. 23 renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. À part cela, toutefois, cet article constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada. Comme le fait observer le procureur général de l'Ontario, il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à «tous» pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé.

Le second argument, avancé par l'intimée, consiste à dire qu'il faut interpréter l'art. 23 à la lumière des débats législatifs qui ont abouti à son adoption. Notre Cour a dit que de tels débats peuvent être admis en preuve, mais elle a aussi été uniformément d'avis que leur pertinence est minime (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 506 et 507). En l'espèce, les débats législatifs apportent peu de chose à l'interprétation de l'art. 23 et, par conséquent, je ne leur donne aucun poids.

Ces arguments préliminaires étant réglés, je vais examiner maintenant si, compte tenu de son texte et de son objet, l'art. 23 peut conférer un droit de gestion et de contrôle.

(4) *Gestion et contrôle—Le texte de l'al. 23(3)b*

À mon avis, le texte de l'al. 23(3)b est compatible avec la conclusion que l'art. 23 accorde, lorsque le nombre le justifie, une certaine mesure de gestion et de contrôle, et il étaye cette conclusion. Prenons d'abord l'al. (3)b dans le contexte de l'article au complet. L'instruction doit avoir lieu quelque part et il s'ensuit que le droit à «instruc-

includes an implicit right to be instructed in facilities. If the term “minority language educational facilities” is not viewed as encompassing a degree of management and control, then there would not appear to be any purpose in including it in s. 23. This common sense conclusion militates against interpreting “facilities” as a reference to physical structures. Indeed, once the sliding scale approach is accepted it becomes unnecessary to focus too intently upon the word “facilities”. Rather, the text of s. 23 supports viewing the entire term “minority language educational facilities” as setting out an upper level of management and control.

I recognize that the English text of subs. (3)(b) is perhaps ambiguous: the phrase “minority language educational facilities” could either mean the facilities of the minority, or the facilities for the minority. The French text, however, is clearer. It has been stated on several occasions by this Court, that where there is an ambiguity in one version of the *Charter*, and the other version is less ambiguous, then the meaning of the less ambiguous version should be adopted. The French version of s. 23(3)(b) reads:

23. ...

(3) Le droit ...

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. [Emphasis added.]

The underlined phrase in the French text—which utilizes the possessive “*de la*”—is more strongly suggestive than the English text that the facilities belong to the minority and hence that a measure of management and control should go to the linguistic minority in respect of educational facilities.

The Ontario Court of Appeal, in the *Reference Re Education Act of Ontario*, *supra*, at pp. 526-28, arrived at a similar interpretation of the text of s. 23(3)(b). I quote and approve of their reasoning, as it accords with my understanding of s. 23:

tion» comprend un droit implicite d'être instruit dans des établissements. Si l'expression «établissements d'enseignement de la minorité linguistique» n'est pas considérée comme englobant un certain degré de gestion et de contrôle, son inclusion dans l'art. 23 est dès lors sans objet. Cette conclusion que dicte le bon sens milite contre une interprétation selon laquelle le mot «établissements» désigne des bâtiments. En fait, dès lors que l'on accepte la méthode du critère variable, il n'est plus nécessaire de trop centrer l'attention sur le mot «établissements». Le texte de l'art. 23 justifie plutôt de considérer que l'ensemble de l'expression «établissements d'enseignement de la minorité linguistique» fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle.

Je reconnais que le texte anglais de l'al. (3)b) est peut-être ambigu: l'expression «*minority language educational facilities*» pourrait signifier soit les établissements de la minorité, soit les établissements pour la minorité. Le texte français est toutefois plus clair. Notre Cour a dit à plusieurs reprises que lorsqu'une version de la *Charte* contient une ambiguïté, et que l'autre version est moins ambiguë, il faut alors retenir le sens de la version la moins ambiguë. La version française de l'al. 23(3)b) porte:

23. ...

(3) Le droit ...

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. [Je souligne.]

L'expression soulignée dans le texte français, qui emploie la préposition «*de*», indique plus clairement que le texte anglais que les établissements appartiennent à la minorité et que la minorité linguistique devrait donc avoir à l'égard des établissements d'enseignement une certaine mesure de gestion et de contrôle.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans *Reference Re Education Act of Ontario*, précité, aux pp. 526 à 528, a donné à l'al. 23(3)b) une interprétation semblable. Comme il s'accorde avec ma façon de voir l'art. 23, je cite et j'approuve le raisonnement de la Cour d'appel:

When considering these definitions, it must be remembered that s. 23 speaks of “minority language educational facilities” and of “établissements d’enseignement de la minorité linguistique”. The English version is somewhat ambiguous. The word “minority” can either be an adjective referring only to the word “language” or it can mean “the language educational facilities of the minority”. The latter interpretation would certainly appear to be the meaning of the French version. It is possessive rather than descriptive. At least some support for this interpretation can be found in the reference in the opening paragraph of s-s. (3) where the English version refers to “the language of the English or French linguistic minority population”, and the French version refers to “la langue de la minorité francophone ou anglophone”. The educational facilities in s. 23(3)(b) would appear to be those of the minority.

Further support for this conclusion may be found in the fact that para. (3)(a) of s. 23 provides the right to “minority language instruction” which must include, apart from the requisite teachers and teaching materials, either class-rooms or other physical facilities, like television, for such instruction. There would be no need for para. (3)(b) if the only purpose were to be a requirement of physical facilities.

Further, one might also draw attention to the fact that both paras. (3)(a) and (3)(b) refer to the “numbers warrant” test. The repetition in para. (3)(b), even though in slightly different terms, would not be necessary unless the facilities there referred to are different from those included in the providing of instruction.

Thus, it would appear that where educational facilities are to be provided to assure the realization of the rights accorded by s. 23(3)(b), the facilities to be provided must appertain to or be those of the linguistic minority. Both the English and the French versions of s. 23(3)(b) must be read together and, in our opinion, they accord in their meaning to support that interpretation.

(5) *Management and Control—The Purpose of s. 23*

The foregoing textual analysis of s. 23(3)(b) is strongly supported by a consideration of the overall purpose of s. 23. That purpose, as discussed earlier, is to preserve and promote minority language and culture throughout Canada. In my view, it is essential, in order to further this purpose, that, where the numbers warrant, minority language parents possess a measure of manage-

[TRANSLATION] En considérant ces définitions, on doit se rappeler que l’art. 23 parle de «minority language educational facilities» et d’«établissements d’enseignement de la minorité linguistique». Le texte anglais est un peu ambigu. Le mot «minority» peut être un adjectif se rapportant uniquement au mot «language» ou il peut signifier «the language educational facilities of the minority», ce qui semble certainement être le sens du texte français. Il s’agit donc d’un terme possessif plutôt que descriptif. Cette interprétation est soutenue, du moins jusqu’à un certain point, par les dispositions liminaires du par. (3), qui parlent, dans la version anglaise, de «the language of the English or French linguistic minority population», et, dans la version française, de «la langue de la minorité francophone ou anglophone». Les établissements d’enseignement visés à l’al. 23(3)(b) semblent donc être ceux de la minorité.

Cette conclusion est en outre appuyée par le fait que l’al. (3)(a) de l’art. 23 prévoit le droit à «l’instruction dans la langue de la minorité», ce qui doit comprendre, outre les enseignants et le matériel pédagogique nécessaires à cette fin, des salles de classe ou d’autres moyens matériels, comme la télévision, pour dispenser cette instruction. L’alinéa (3)(b) serait superflu s’il n’avait d’autre objet que d’exiger la fourniture d’établissements.

On pourrait en outre souligner le fait que les al. (3)(a) et (3)(b) prévoient tous les deux une «justification par le nombre». La répétition à l’al. (3)(b), même dans des termes légèrement différents, n’était nécessaire que si les établissements mentionnés n’étaient pas les mêmes que ceux requis pour dispenser l’instruction.

Il appert donc que, lorsque des établissements d’enseignement doivent être fournis pour assurer l’exercice des droits conférés par l’al. 23(3)(b), les établissements à fournir doivent appartenir à la minorité linguistique. Les versions anglaise et française de l’al. 23(3)(b) doivent être lues ensemble et, à notre avis, leur sens justifie cette interprétation.

(5) *Gestion et contrôle—L’objet de l’art. 23*

La précédente analyse textuelle de l’al. 23(3)(b) est fortement appuyée par un examen de l’objet global de l’art. 23. Cet objet, mentionné plus haut, est de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada. Selon moi, il est indispensable à cette fin que, dans chaque cas où le nombre le justifie, les parents appartenant à la minorité linguistique aient une

ment and control over the educational facilities in which their children are taught. Such management and control is vital to ensure that their language and culture flourish. It is necessary because a variety of management issues in education, e.g., curricula, hiring and expenditures, can affect linguistic and cultural concerns. I think it incontrovertible that the health and survival of the minority language and culture can be affected in subtle but important ways by decisions relating to these issues. To give but one example, most decisions pertaining to curricula clearly have an influence on the language and culture of the minority students.

Furthermore, as the historical context in which s. 23 was enacted suggests, minority language groups cannot always rely upon the majority to take account of all of their linguistic and cultural concerns. Such neglect is not necessarily intentional: the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority. In commenting on various setbacks experienced by the Francophone minority in Ontario, the Court of Appeal of that province noted that “[l]ack of meaningful participation in management and control of local school boards by the Francophone minority made these events possible” (*Reference Re Education Act of Ontario, supra*, at p. 531). A similar observation was made by the Prince Edward Island Court of Appeal in *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, *supra*, at p. 259:

It would be foolhardy to assume that Parliament intended to . . . leave the sole control of the program development and delivery with the English majority. If such were the case, a majority language group could soon wreak havoc upon the rights of the minority and could soon render such a right worthless.

I agree with the sentiments expressed in these statements. If section 23 is to remedy past injustices and ensure that they are not repeated in the

certain mesure de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire. Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur langue et de leur culture. Ils sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel. Je tiens pour incontestable que la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité peuvent être touchées de façons subtiles mais importantes par les décisions prises sur ces questions. Pour ne donner qu'un seul exemple, la plupart des décisions relatives aux programmes d'études influent visiblement sur la langue et la culture des élèves de la minorité.

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle: on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité. Commentant les différents revers subis par la minorité francophone de l'Ontario, la Cour d'appel de cette province a souligné que [TRADUCTION] «ces événements ont été rendus possibles par l'absence de participation valable à la gestion et au contrôle des conseils scolaires locaux par la minorité francophone» (*Reference Re Education Act of Ontario*, précité, à la p. 531). Une observation analogue a été faite par la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, précité, à la p. 259:

[TRADUCTION] Il serait téméraire de présumer que le Parlement avait l'intention de [. . .] confier à la majorité anglophone le contrôle exclusif de l'élaboration et de la mise en œuvre de programmes, puisque dans un tel cas, la majorité linguistique pourrait très vite porter gravement atteinte aux droits de la minorité et leur enlever toute valeur.

Je souscris à l'opinion exprimée dans ces déclarations. Si l'article 23 doit redresser les injustices du passé et garantir qu'elles ne se répètent pas dans

future, it is important that minority language groups have a measure of control over the minority language facilities and instruction.

(6) *The Meaning of the Phrase "Management and Control"*

Section 23 clearly encompasses a right to management and control. On its own, however, the phrase "management and control" is imprecise and requires further specification. This can be accomplished by considering what type of management and control is needed in order to fulfill the purpose of s. 23.

The appellants argue for a completely independent Francophone school board. Much is to be said in support of this position and indeed it may be said to reflect the ideal. As Kerans J.A. writes in the judgment under appeal (at p. 537):

I accept the argument of the appellants that the most effective guarantee to prevent assimilation is a facility under the exclusive control of that group. Any diminution in that power inevitably dilutes the uniqueness of the school and opens it to the influence of an insensitive if not hostile majority. No doubt some elements of control must be yielded, as we will see, but each measure of control lost represents a potential weakening of the decision-making power, and opens the door to an undermining of the difficult role of the facility.

Historically, separate or denominational boards have been the principal bulwarks of minority language education in the absence of any provision for minority representation and authority within public or common school boards. Such independent boards constitute, for the minority, institutions which it can consider its own with all this entails in terms of opportunity of working in its own language and of sharing a common culture, interests and understanding and being afforded the fullest measure of representation and control. These are particularly important in setting overall priorities and responding to the special educational needs of the minority.

l'avenir, il importe que les minorités linguistiques aient une certaine mesure de contrôle sur les établissements d'enseignement qui leur sont destinés et sur l'instruction dans leur langue.

(6) *Le sens de l'expression «gestion et contrôle»*

L'article 23 englobe clairement un droit à la gestion et au contrôle. En elle-même, toutefois, l'expression «gestion et contrôle» est vague et demande des précisions. Elles peuvent être fournies par l'examen du genre de gestion et de contrôle requis pour la réalisation de l'objet de l'art. 23.

Les appelants revendiquent un conseil scolaire francophone complètement indépendant. Ce point de vue peut être soutenu à plus d'un titre et on pourrait dire qu'il exprime l'idéal. Comme le dit le juge Kerans dans l'arrêt faisant l'objet du présent pourvoi (à la p. 537):

[TRADUCTION] Je retiens l'argument des appelants que la plus sûre garantie contre l'assimilation est un établissement relevant du contrôle exclusif du groupe en question. Toute diminution de ce pouvoir dilue inévitablement la spécificité de l'école et l'expose à l'influence d'une majorité insensible voire hostile. Certains aspects du contrôle doivent sans doute être cédés, comme nous le verrons, mais chaque degré de perte de ce contrôle représente un affaiblissement possible du pouvoir décisionnel et ouvre la porte au risque que soit miné le rôle difficile de l'établissement.

Historiquement, en l'absence de mesures destinées à assurer à la minorité une représentation et des pouvoirs au sein des conseils d'écoles publiques ou communes, les conseils séparés ou confessionnels ont formé les principaux bastions de l'enseignement dans la langue de la minorité. Ces conseils indépendants constituent pour la minorité des institutions qu'elle peut considérer comme les siennes avec tout ce que cela représente en termes de possibilités de travailler dans sa propre langue, de partager une culture, des intérêts et des points de vue communs, et de jouir de la plus grande mesure possible de représentation et de contrôle. Ces éléments ont une importance considérable lorsqu'il s'agit de fixer des priorités générales et de répondre aux besoins spéciaux de la minorité en matière d'éducation.

In some circumstances an independent Franco-
phone school board is necessary to meet the pur-
pose of s. 23. However, where the number of
students enrolled in minority schools is relatively
small, the ability of an independent board to fulfill
this purpose may be reduced and other approaches
may be appropriate whereby the minority is able
to identify with the school but has the benefit of
participating in a larger organization through
representation and a certain exclusive authority
within the majority school board. Under these
circumstances, such an arrangement avoids the
isolation of an independent school district from the
physical resources which the majority school dis-
trict enjoys and facilitates the sharing of resources
with the majority board, something which can be
crucial for smaller minority schools. By virtue of
having a larger student population, it can be
expected that the majority board would have
greater access to new educational developments
and resources. Where the number of s. 23 students
is not sufficiently large, a complete isolation of the
minority schools would tend to frustrate the pur-
pose of s. 23 because, in the long run, it would
contribute to a decline in the status of the minority
language group and its educational facilities.
Graduates of the minority schools would be less
well-prepared (thus hindering career opportunities
for the minority) and potential students would be
disinclined to enter minority language schools.

The Royal Commission on Bilingualism and
Biculturalism (Book II, c. 10) discussed these
issues and offered a number of examples of the
problems which may result from mandating totally
separate administration:

425. The administration of minority-language schools
at the level of the provincial department of Education
must be differentiated from the administration of the
majority schools, but it should not be completely sepa-
rated . . . The grave danger of a separate department is
that the minority schools would constitute an isolated
system . . . Different policies might be adopted for
school consolidation, for the curriculum, or for teaching

Dans certaines circonstances, un conseil scolaire
francophone indépendant est nécessaire pour
atteindre l'objet de l'art. 23. Toutefois, quand le
nombre d'élèves inscrits dans les écoles de la mino-
rité est relativement petit, la capacité d'un conseil
indépendant d'atteindre cet objet peut s'en trouver
réduite, de sorte qu'il peut y avoir lieu de recourir
alors à d'autres méthodes qui permettent à la
minorité de s'identifier avec l'école tout en ayant
l'avantage de participer à un organisme plus grand
grâce à une représentation et à un certain pouvoir
exclusif au sein du conseil scolaire de la majorité.
Dans une situation de ce genre, de tels moyens
permettent de ne pas souffrir de l'isolement d'un
district scolaire indépendant à l'égard des ressour-
ces matérielles dont dispose le district scolaire de
la majorité et ils facilitent le partage des ressour-
ces avec le conseil de la majorité, ce qui peut être
crucial pour les écoles plus petites de la minorité.
On peut s'attendre à ce que, ayant une population
étudiante plus importante, le conseil de la majorité
ait plus facilement accès aux améliorations et aux
nouvelles ressources en matière d'éducation. Lors-
que le nombre d'élèves visés par l'art. 23 n'est pas
suffisamment élevé, l'isolement complet des écoles
de la minorité irait à l'encontre de l'objet de l'art.
23 parce que, à la longue, il contribuerait à la
détérioration du statut du groupe linguistique
minoritaire et des moyens dont il dispose en
matière d'éducation. Les diplômés des écoles de la
minorité seraient moins bien préparés (ce qui
réduirait les possibilités de carrière de la minorité)
et les élèves éventuels seraient peu disposés à
fréquenter les écoles de la minorité linguistique.

La Commission royale d'enquête sur le bilin-
guisme et le biculturalisme (Livre II, ch. 10) a
analysé ces questions et donné un certain nombre
d'exemples des problèmes qui peuvent résulter de
la reconnaissance d'une administration complète-
ment séparée:

425. À l'échelon provincial, l'administration des
écoles de la minorité doit être distincte mais non pas
complètement séparée de celle des écoles de la majorité.
[. . .] Mais la création d'un ministère pour les écoles de
la minorité comporterait le grave danger de les enfermer
dans un système isolé. [. . .] Des orientations différentes
en matière de régionalisation, de programmes et de
méthodes pourraient entraîner des écarts tels que les

methods, to the point where educational opportunities and academic standards differed . . . [T]he majority school system would have the advantage of size; it would be able to allocate more resources to planning and would be better able to test and adopt new policies.

426. . . no distinction need be made in the administration of majority- and minority-language schools in some areas. Most departments have a division responsible for school buildings and equipment. In this area, the same problems must be resolved, whether the language of instruction is French or English, and a separate division for minority-language schools would mean unnecessary duplication. The establishment of separate divisions would be wasteful and would also make it more difficult to ensure that all students in the province would have equivalent standards of school accommodation. Similarly, the accounting and financial divisions should not be divided into separate sections. Financial procedures should be the same for all schools. [Emphasis added.]

In particular the Commission stressed the advantages of a single administration in its discussion of equipment and physical facilities:

437. The advantages of a common authority are most obvious in the provision of physical services. A single transportation system is likely to be more efficient, particularly in rural areas. Special equipment, ranging from highly specialized scientific instruments to mobile classrooms, can be better utilized. School maintenance and repairs are not affected by the language used in the classroom. [Emphasis added.]

These quotations are only offered to provide examples, and not as a recipe for how s. 23 should be implemented in any specific situation.

Perhaps the most important point to stress is that completely separate school boards are not necessarily the best means of fulfilling the purpose of s. 23. What is essential, however, to satisfy that purpose is that the minority language group have control over those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture. This degree of control can be achieved to a substantial extent by guaranteeing representation of the minority on a shared school board and by giving these representatives exclusive control over

facilités d'accès à l'éducation et les normes pédagogiques ne soient pas les mêmes. [. . .] [L]e système des écoles majoritaires aurait [. . .] l'avantage que lui confère son importance numérique; il pourrait affecter plus de ressources à la planification et serait en meilleure posture pour l'essai ou l'adoption de nouvelles formules.

426. . . l'administration de certains domaines intéressant les deux [réseaux scolaires] peut être conjointe. Dans la plupart des ministères provinciaux de l'Éducation, il existe une division chargée des bâtiments scolaires et de leur équipement, et les problèmes qu'elle doit résoudre sont les mêmes, qu'il s'agisse du secteur anglophone ou francophone. Par conséquent, une division distincte pour les écoles de la minorité ferait double emploi. La création de divisions séparées entraînerait du gaspillage et rendrait plus difficile la possibilité d'assurer à tous les élèves d'une province des locaux offrant les mêmes avantages. Les services de comptabilité et de finances ne devraient pas être séparés et les méthodes financières devraient être les mêmes pour toutes les écoles. [Je souligne.]

La Commission a particulièrement souligné les avantages d'une administration unique dans son analyse des équipements et des installations matérielles:

437. Les avantages d'une autorité commune sont particulièrement manifestes dans le domaine des services matériels. Ainsi, un service unique de transport serait plus efficace, notamment dans les régions rurales. On pourra utiliser à meilleur escient le matériel commun, depuis les instruments scientifiques les plus modernes jusqu'aux classes ambulantes. Il n'existe guère de rapport entre l'entretien des écoles et la langue d'enseignement. [Je souligne.]

Je ne cite ces extraits qu'à titre d'exemples et non à titre de formules d'application de l'art. 23 dans une situation précise.

Le point le plus important à souligner est peut-être que la création de conseils scolaires complètement séparés n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de l'art. 23. Ce qui est essentiel toutefois pour sa réalisation, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture. On peut obtenir ce degré de contrôle, dans une large mesure, en garantissant la représentation de la minorité au sein d'un conseil scolaire mixte et en accordant à

all of the aspects of minority education which pertain to linguistic and cultural concerns.

To give but one example, the right to tax (which would accompany the creation of an independent school district), is not, in my view, essential to satisfy the concerns of s. 23 with linguistic and cultural security. Section 23 guarantees that minority schools shall receive public funds, but it is not necessary that the funds be derived through a separate tax base provided adequate funding is otherwise assured. Similar observations can be made in respect of other features of separate school districts.

It is not possible to give an exact description of what is required in every case in order to ensure that the minority language group has control over those aspects of minority language education which pertain to or have an effect upon minority language and culture. Imposing a specific form of educational system in the multitude of different circumstances which exist across Canada would be unrealistic and self-defeating. The problems with mandating "specific modalities" have been recognized by all of the courts in Canada which have considered s. 23. At this stage of early development of s. 23 jurisprudence, the appropriate response for the courts is to describe in general terms the requirements mandated. It is up to the public authorities to satisfy these general requirements. Where there are alternative ways of satisfying the requirements, the public authorities may choose the means of fulfilling their duties. In some instances this approach may result in further litigation to determine whether the general requirements mandated by the court have been implemented. I see no way to avoid this result, as the alternative of a uniform detailed order runs the real risk of imposing impractical solutions. Section 23 is a new type of legal right in Canada and thus requires new responses from the courts.

In arriving at a general description of the sort of management and control mandated by s. 23, I have borrowed heavily from the statements of Purvis J. and Kerans J.A. in the Alberta courts, as

ses représentants un contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel.

Pour ne donner qu'un seul exemple, le droit de lever des impôts (dont serait assorti l'établissement d'un district scolaire indépendant) n'est pas essentiel, à mon avis, au règlement des questions de sécurité linguistique et culturelle visées par l'art. 23. L'article 23 garantit que les écoles de la minorité recevront des fonds publics, mais il n'est pas nécessaire que ces fonds proviennent d'une assiette fiscale distincte pourvu qu'un financement adéquat soit par ailleurs garanti. On peut faire les mêmes remarques relativement à d'autres caractéristiques de districts scolaires séparés.

Il n'est pas possible de décrire exactement ce qui est nécessaire dans chaque cas pour assurer que le groupe linguistique minoritaire exerce un contrôle sur les aspects de l'enseignement dans sa langue qui concernent ou touchent sa langue et sa culture. Il serait irréaliste et vain d'imposer une forme précise de système d'éducation à une multitude de situations différentes qui existent dans tout le Canada. Tous les tribunaux canadiens qui ont examiné l'art. 23 ont reconnu les problèmes que comporte la reconnaissance de «modalités particulières». À ce stade initial de l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 23, la réaction des tribunaux devrait consister à décrire en termes généraux les exigences posées. Il appartient aux pouvoirs publics de répondre à ces exigences générales. Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations. Dans certains cas, cette méthode peut amener d'autres litiges pour déterminer si les exigences générales établies par la cour ont été appliquées. Je ne vois pas comment cela peut être évité car l'autre possibilité, celle d'une ordonnance détaillée et uniforme, comporte le risque réel d'imposer des solutions impraticables. L'article 23 est un nouveau genre de garantie juridique au Canada et exige donc de nouvelles réponses de la part des tribunaux.

Pour donner une description générale du type de gestion et de contrôle requis par l'art. 23, je me suis largement inspiré des déclarations du juge Purvis et du juge Kerans des tribunaux albertains

well as from statements by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario, supra*. The views of these courts show an appreciation of the various considerations involved in ensuring that the minority language group has control over the aspects of minority language education which pertain to or have an effect upon minority language and culture.

In my view, the measure of management and control required by s. 23 of the *Charter* may, depending on the number of students to be served, warrant an independent school board. Where numbers do not warrant granting this maximum level of management and control, however, they may nonetheless be sufficient to require linguistic minority representation on an existing school board. In this latter case:

(1) The representation of the linguistic minority on local boards or other public authorities which administer minority language instruction or facilities should be guaranteed;

(2) The number of minority language representatives on the board should be, at a minimum, proportional to the number of minority language students in the school district, i.e. the number of minority language students for whom the board is responsible;

(3) The minority language representatives should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including:

(a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities;

(b) appointment and direction of those responsible for the administration of such instruction and facilities;

(c) establishment of programs of instruction;

(d) recruitment and assignment of teachers and other personnel; and

(e) making of agreements for education and services for minority language pupils.

ainsi que de déclarations de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Reference Re Education Act of Ontario*, précité. Les opinions de ces tribunaux témoignent de leur conscience des différentes considérations en jeu lorsqu'il s'agit d'assurer au groupe linguistique minoritaire un contrôle sur les aspects de l'enseignement dans sa langue qui concernent ou touchent sa langue et sa culture.

À mon avis, le degré de gestion et de contrôle exigé par l'art. 23 de la *Charte* peut, selon le nombre d'élèves en cause, justifier l'existence d'un conseil scolaire indépendant. Toutefois lorsque les chiffres ne justifient pas ce niveau maximum de gestion et de contrôle, ils peuvent néanmoins être assez élevés pour exiger la représentation de la minorité linguistique au sein d'un conseil scolaire existant. Dans ce dernier cas:

(1) La représentation de la minorité linguistique au sein des conseils locaux ou des autres pouvoirs publics qui administrent l'instruction dans la langue de la minorité ou les établissements où elle est dispensée, devrait être garantie;

(2) Le nombre de représentants de la minorité linguistique au sein du conseil devrait être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité linguistique dans le district scolaire, c.-à-d. au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil;

(3) Les représentants de la minorité linguistique devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment:

a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements;

b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;

c) l'établissement de programmes scolaires;

d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et

e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique.

I do not doubt that in future cases courts will have occasion to expand upon or refine these words. It is impossible at this stage in the development of s. 23 to foresee all of the circumstances relevant to its implementation.

There are a few general comments I wish to add in respect of the above description. First, the matter of the quality of education to be provided to the minority students was not dealt with above because, strictly speaking, it does not pertain to the issue of management and control. It is, of course, an important issue and one which was raised in this appeal. I think it should be self-evident that in situations where the above degree of management and control is warranted the quality of education provided to the minority should in principle be on a basis of equality with the majority. This proposition follows directly from the purpose of s. 23. However, the specific form of educational system provided to the minority need not be identical to that provided to the majority. The different circumstances under which various schools find themselves, as well as the demands of a minority language education itself, make such a requirement impractical and undesirable. It should be stressed that the funds allocated for the minority language schools must be at least equivalent on a per student basis to the funds allocated to the majority schools. Special circumstances may warrant an allocation for minority language schools that exceeds the per capita allocation for majority schools. I am confident that this will be taken into account not only in the enabling legislation, but in budgetary discussions of the board.

With respect to funding, the reference point for determining the number of students will normally be the pupils actually receiving minority language education. During the period in which a minority language education programme is getting started, however, it would seem reasonable to budget for the number of students who can realistically be seen as attending the school once operations are well established. This may be one example of a special circumstance which calls for a higher allo-

Je ne doute pas que, dans d'autres affaires, les tribunaux auront l'occasion de développer ou de préciser ces principes. Il est impossible à ce stade de l'évolution de l'art. 23 de prévoir toutes les circonstances entourant son application.

Je voudrais ajouter quelques observations d'ordre général relativement à l'analyse qui précède. Premièrement, je n'ai pas traité de la qualité de l'éducation à fournir aux élèves de la minorité parce qu'à proprement parler cela ne concerne pas la question de la gestion et du contrôle. C'est évidemment une question importante, et elle a été soulevée dans le présent pourvoi. Je crois qu'il va de soi que, dans les situations où le degré de gestion et de contrôle mentionné ci-dessus est justifié, la qualité de l'éducation donnée à la minorité devrait en principe être égale à celle de l'éducation dispensée à la majorité. Cette proposition découle directement de l'objet de l'art. 23. Cependant, il n'est pas nécessaire que la forme précise du système d'éducation fourni à la minorité soit identique à celle du système fourni à la majorité. Les situations différentes dans lesquelles se trouvent diverses écoles, de même que les exigences de l'enseignement dans la langue de la minorité rendent une telle exigence peu pratique et peu souhaitable. Il convient de souligner que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être au moins équivalents, en proportion du nombre d'élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité. Dans des circonstances particulières, les écoles de la minorité linguistique pourraient être justifiées de recevoir un montant supérieur, par élève, à celui versé aux écoles de la majorité. Je suis persuadé que cela sera pris en considération non seulement dans la loi habilitante, mais aussi dans les débats budgétaires du conseil.

Le chiffre retenu pour les fins du financement sera normalement le nombre d'élèves qui reçoivent en fait l'instruction dans la langue de la minorité. Toutefois, au cours de la période initiale d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité, il semble raisonnable de prévoir un budget correspondant au nombre d'élèves qui, selon des prévisions réalistes, fréquenteront l'école lorsque le programme sera bien implanté. C'est peut-être là un exemple de circonstances particu-

cation of funds for minority education programmes. It could also be seen, however, as a consideration which would equally be extended to a majority language programme during its start-up period.

Second, provincial and local authorities may, of course, give minority groups a greater degree of management and control than that described above. Section 23 only mandates a minimum level of management and control in a given situation; it does not set a ceiling.

Third, there are a variety of different forms of institutional structures which will satisfy the above guidelines. I have stressed this aspect of the flexibility of s. 23 before, but this feature bears repeating. The constant in any acceptable scheme of minority representation, however, will be the granting of representation proportional to the number of minority language students who fall under the responsibility of the particular school board.

Fourth, the persons who will exercise the measure of management and control described above are "s. 23 parents" or persons such parents designate as their representatives. I appreciate that because of the wording of s. 23 these parents may not be culturally a part of the minority language group. This could occasionally result in persons who are not, strictly speaking, members of the minority language group exercising some control over minority language education. This would be a rare occurrence, and is not reason to lessen the degree of management and control given to s. 23 parents.

Fifth, I wish to emphasize that the above description is only meant to cover the degree of management and control which, short of a separate school board, is required under s. 23 where the number of s. 23 students is significant enough to warrant moving towards the upper level of the sliding scale. Other degrees of management and control may be required in situations where the

lières qui commande l'affectation de sommes plus élevées aux programmes d'enseignement pour la minorité. Cela pourrait être aussi une considération applicable au même titre à un programme dans la langue de la majorité pendant la période de démarrage.

Deuxièmement, des autorités provinciales et locales peuvent bien sûr accorder à des groupes minoritaires un degré de gestion et de contrôle plus élevé que celui décrit précédemment. L'article 23 requiert seulement un niveau minimum de gestion et de contrôle dans une situation donnée; il ne fixe pas un maximum.

Troisièmement, divers types de structures institutionnelles répondront aux principes directeurs énoncés ci-dessus. J'ai déjà souligné cet aspect de la souplesse de l'art. 23, mais cette caractéristique mérite d'être répétée. La constante dans tout régime acceptable de représentation de la minorité sera toutefois l'octroi d'une représentation proportionnelle au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil scolaire en question.

Quatrièmement, les personnes qui exerceront le pouvoir de gestion et de contrôle décrit précédemment sont des «parents visés par l'art. 23» ou des personnes désignées par ces parents comme leurs représentants. Je me rends compte que ces parents, vu la formulation de l'art. 23, peuvent ne pas faire partie, d'un point de vue culturel, du groupe linguistique minoritaire. Cela pourrait à l'occasion signifier que des personnes qui ne sont pas à proprement parler membres de la minorité linguistique exercent un certain contrôle sur l'enseignement dans la langue de la minorité. Ces cas seraient rares et ne justifient pas la réduction du degré de gestion et de contrôle accordé aux parents visés par l'art. 23.

En cinquième lieu, je veux souligner que ce qui précède vise uniquement le degré de gestion et de contrôle requis en vertu de l'art. 23, en deçà d'un conseil scolaire séparé, lorsque le nombre d'élèves visés par l'art. 23 est suffisamment important pour justifier un déplacement vers le niveau supérieur du critère variable. D'autres degrés de gestion et de contrôle peuvent être nécessaires dans des situa-

numbers do not justify granting full rights of management and control. What is required in any case will turn on what the "numbers warrant".

Finally, it should be noted that the management and control accorded to s. 23 parents does not preclude provincial regulation. The province has an interest both in the content and the qualitative standards of educational programmes. Such programmes can be imposed without infringing s. 23, in so far as they do not interfere with the linguistic and cultural concerns of the minority.

Having canvassed the degrees of management and control which s. 23 might require, the next step is to determine what degree the numbers in Edmonton warrant granting. Before I approach this task, however, it will be convenient at this point to consider the issue of denominational rights.

(7) *Denominational Schools' Rights*

Under the terms of s. 29 of the *Charter* any interpretation of s. 23 must be consistent with the rights and privileges of denominational schools. Section 29 reads:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

The rights of denominational, separate or dissentient schools referred to in s. 29 are generally provided for in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

The province of Alberta is governed by a slightly different provision. When Alberta became a province in 1905, it adopted s. 93 of the *British North America Act, 1867* (later renamed the *Constitution Act, 1867*), but with an amendment to

tions où le nombre ne justifie pas l'attribution de pleins droits de gestion et de contrôle. Ce qui est requis dans chaque cas dépendra de ce que le «nombre justifie».

^a Finalement il est à noter que l'attribution de la gestion et du contrôle aux parents visés par l'art. 23 n'exclut pas la réglementation provinciale. La province a un intérêt dans le contenu et les normes de qualité des programmes scolaires. Pour autant qu'ils ne sont pas incompatibles avec les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité, ces programmes peuvent être imposés sans violation de l'art. 23.

^c Après cet examen des degrés de gestion et de contrôle que pourrait exiger l'art. 23, la prochaine étape consiste à déterminer quel niveau serait justifié, à Edmonton, par les chiffres en cause. Avant d'entreprendre cette tâche, il convient cependant à ce stade d'examiner la question des droits confessionnels.

(7) *Droits des écoles confessionnelles*

^e En vertu de l'art. 29 de la *Charte*, toute interprétation de l'art. 23 doit être compatible avec les droits et les privilèges des écoles confessionnelles:

^f 29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

^g Les droits des écoles séparées et autres écoles confessionnelles visées à l'art. 29 sont prévus de façon générale au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

^h 93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:—

ⁱ (1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

^j La province de l'Alberta est régie par une disposition légèrement différente. Lorsque l'Alberta est devenue une province en 1905, elle a adopté l'art. 93 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (appelé plus tard la *Loi constitutionnelle de*

s. 93(1). The amendment is set out in s. 17 of the *Alberta Act*:

Section 93 of the *Constitution Act, 1867*, shall apply to the said province, with the substitution for paragraph (1) of the said section 93, of the following paragraph:

“(1) Nothing in any such law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to separate schools which any class of persons have at the date of the passing of this Act, under the terms of chapters 29 and 30 of the Ordinances of the North-west Territories, passed in the year 1901, or with respect to religious instruction in any public or separate school as provided for in the said ordinances.”

(3) Where the expression “by law” is employed in paragraph 3 of the said section 93, it shall be held to mean the law as set out in the said chapters 29 and 30, and where the expression “at the Union” is employed, in the said paragraph 3, it shall be held to mean the date at which this Act comes into force.

The phrase “right or privilege with respect to separate schools” is used in both the *Constitution Act, 1867* and the *Alberta Act*. (The terms “separate schools” and “denominational schools” are interchangeable.) In view of the similar contexts in which s. 93(1) and s. 17 were introduced, it can be presumed that the shared phrase carries the same meaning in each provision. Thus, the jurisprudence on s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* is relevant in interpreting s. 17 of the *Alberta Act*. With this approach in mind, I pose the pertinent question: does conferring upon minority language parents the rights to management and control infringe a “right or privilege with respect to separate schools” as guaranteed under s. 17 of the *Alberta Act*?

The answer to this question is provided by the recent case of *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377. In that case, Beetz J., writing for the majority, held that the phrase “Right or Privilege with respect to Denominational Schools” in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, means that

1867), mais en apportant une modification au par. 93(1) qui est énoncée à l’art. 17 de la *Loi sur l’Alberta*:

L’article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’applique à la dite province sauf substitution de l’alinéa suivant à l’alinéa 1 du dit article 93:

«(1) Rien dans ces lois ne préjudiciera à aucun droit ou privilège dont jouit aucune classe de personnes en matière d’écoles séparées à la date de la présente loi aux termes des chapitres 29 et 30 des ordonnances des territoires du Nord-Ouest rendues en l’année 1901, ou au sujet de l’instruction religieuse dans toute école publique ou séparée ainsi que prévu dans les dites ordonnances.»

(3) Là où l’expression «par la loi» est employée au paragraphe 3 du dit article 93, elle sera interprétée comme signifiant la loi telle qu’énoncée aux dits chapitres 29 et 30, et là où l’expression «lors de l’union» est employée au dit paragraphe 3, elle sera tenue pour signifier la date à laquelle la présente loi entre en vigueur.

La *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi sur l’Alberta* utilisent des expressions équivalentes, «droit ou privilège [...] relativement aux écoles confessionnelles» et «droit ou privilège [...] en matière d’écoles séparées» (les termes «écoles séparées» et «écoles confessionnelles» sont interchangeables). Puisque le par. 93(1) et l’art. 17 ont été adoptés dans des contextes semblables, on peut présumer que l’expression qu’ils ont en commun a le même sens dans les deux dispositions. Ainsi donc, la jurisprudence relative au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est pertinente relativement à l’interprétation de l’art. 17 de la *Loi sur l’Alberta*. Dans cette optique, je pose la question pertinente suivante: l’attribution aux parents appartenant à la minorité linguistique de droits à la gestion et au contrôle viole-t-elle un «droit ou privilège [...] en matière d’écoles séparées» garanti à l’art. 17 de la *Loi sur l’Alberta*?

On trouve la réponse à cette question dans l’arrêt récent *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377. Dans cet arrêt, le juge Beetz, au nom de la majorité, a conclu que l’expression «droit ou privilège [...] relativement aux écoles confessionnelles» au par. 93(1) de la *Loi constitu-*

the section protects powers over denominational aspects of education and those non-denominational aspects which are related to denominational concerns which were enjoyed at the time of Confederation. The phrase does not support the protection of powers enjoyed in respect of non-denominational aspects of education except in so far as is necessary to give effect to denominational concerns. Beetz J.'s finding is equally applicable to the parallel provision in s. 17 of the *Alberta Act*.

On this view of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and s. 17 of the *Alberta Act*, the powers of management and control which s. 23 would accord to minority language groups under the interpretation proposed would not affect any rights in respect of the denominational aspects of education or related non-denominational aspects. The minority language trustees on a denominational school board who are to be given powers over management and control will be, at the same time, denominational trustees: in such instances, the denominational board is not required to cede powers to a non-denominational group of persons, it is only required to give certain of its members authority over minority language education. The proposed regulation would not remove a denominational board's power to manage and control, or alter its denominational character.

The transfer of the powers in respect of management and control thus amounts to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction, a form of regulation which the courts have long held to be valid: see *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; and *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. I note that this conclusion was also reached by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario, supra*. That court stated that the provinces enjoy a "full power of regulation", adding on p. 538, that "[s]o long as the legislation regulates education and does not threaten the existence of

tionnelle de 1867 signifie que l'article concerné protège les aspects confessionnels de l'éducation ainsi que les aspects non confessionnels liés aux garanties confessionnelles existant à l'époque de la Confédération. Cette expression ne fonde pas la protection de pouvoirs exercés relativement à des aspects non confessionnels de l'enseignement sauf dans la mesure nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. La conclusion du juge Beetz s'applique également à la disposition parallèle édictée à l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*.

Selon cette conception du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, les pouvoirs de gestion et de contrôle que l'art. 23 accorderait à la minorité linguistique en vertu de l'interprétation proposée n'auraient aucune incidence sur les droits relatifs aux aspects confessionnels de l'instruction ou aux aspects non confessionnels connexes. Les conseillers scolaires de la minorité linguistique siégeant à un conseil scolaire confessionnel qui devront recevoir des pouvoirs de gestion et de contrôle seront, en même temps, des conseillers confessionnels: dans ce cas, le conseil scolaire confessionnel n'est pas tenu de céder des pouvoirs à un groupe non confessionnel, il est seulement tenu de donner autorité à certains de ses membres sur l'enseignement dans la langue de la minorité. Le règlement envisagé ne retirerait pas le pouvoir du conseil confessionnel de gérer et de contrôler ni ne modifierait son caractère confessionnel.

Le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste donc en la réglementation d'un aspect non confessionnel de l'enseignement, savoir, la langue de l'enseignement, une forme de réglementation que les tribunaux ont depuis longtemps déclarée valide: voir les arrêts *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; et *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. Je note que c'est aussi la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Reference Re Education Act of Ontario*, précité. Cette cour a déclaré en effet que les provinces possèdent [TRADUCTION] «un plein pouvoir de réglementation», ajoutant à la p. 538 que

the separate schools or interfere with their denominational character it is valid”.

Before leaving this matter, I wish to address briefly two arguments presented by the government of Alberta. The first argument is that the financial powers enjoyed by denominational schools, in particular their powers to impose taxes, would be infringed by giving minority trustees management and control. In view of my interpretation of s. 23 this is not really an issue: unless numbers warrant an independent school board, the interpretation does not give minority groups the power to impose taxes, it only grants them powers in relation to expenditures. This power, like the other powers granted to the minority language group in respect of management and control, does not change the denominational character of the separate schools. If numbers warrant an independent minority-language school board, there need be no interference with denominational rights for it is possible to constitute minority language boards along denominational lines.

It is then argued, however, that problems could arise in situations where the minority language students in question are partly “denominational” students and partly “non-denominational” students. On the premise that denominational school boards could not be forced to take in non-denominational students, the possibility of “quadripartite” school organizations arising was discussed. In such a system “minority language separate schools”, “minority language public schools”, “majority language separate schools” and “majority language public schools” would exist side by side. I do not doubt that the rights of denominational school boards may, in some cases, result in limitations on the type of reorganization which might otherwise be required under s. 23. Denominational school guarantees could split up an eligible group of minority language students in such a way as to

[TRADUCTION] «pourvu que la mesure législative réglemente l’enseignement et ne menace pas l’existence des écoles séparées ni ne touche à leur caractère confessionnel, elle est valide.»

a

Avant de passer à un autre point, je tiens à parler brièvement de deux arguments présentés par le gouvernement de l’Alberta. Selon le premier argument, un pouvoir accordé aux conseillers scolaires de la minorité linguistique en matière de gestion et de contrôle porterait atteinte aux pouvoirs financiers des écoles confessionnelles, en particulier leur pouvoir de lever des impôts. Étant donné mon interprétation de l’art. 23, la question ne se pose pas vraiment: à moins que les chiffres justifient la création d’un conseil scolaire indépendant, cette interprétation ne reconnaît pas à la minorité linguistique le pouvoir de lever des impôts, elle leur reconnaît uniquement des pouvoirs en matière de dépenses. Ce pouvoir, comme les autres pouvoirs conférés à la minorité linguistique en matière de gestion et de contrôle, ne modifie pas le caractère confessionnel des écoles séparées. Si le nombre justifie un conseil scolaire indépendant pour la minorité linguistique, cela ne touchera pas nécessairement les droits confessionnels, car il est possible de constituer des conseils de la minorité linguistique sur une base confessionnelle.

f

Toutefois, on soutient alors que des problèmes peuvent surgir lorsque certains élèves de la minorité linguistique en cause sont des élèves «confessionnels» et d’autres des élèves «non confessionnels». Dans la mesure où les conseils scolaires confessionnels ne pourraient pas être contraints d’accepter des élèves non confessionnels, on a discuté la possibilité d’une organisation scolaire «quadripartite». Dans un tel système, existeraient côte à côte des «écoles séparées de la minorité linguistique», des «écoles publiques de la minorité linguistique», des «écoles séparées de la majorité linguistique» et des «écoles publiques de la majorité linguistique». Je ne doute pas que les droits des conseils scolaires confessionnels puissent, dans certains cas, avoir pour conséquence d’imposer des limites au genre de réorganisation qui pourrait par ailleurs s’imposer en vertu de l’art. 23. Les garan-

g

h

i

j

preclude the creation of a minority language school which would otherwise be required. But such a possibility, though unfortunate, does not affect the validity of the interpretation I have given to s. 23. It is also worth mentioning that because of the strong geographical congruence between denominational groups and minority language groups in Canada, it would be rare for such difficulties to arise. There do not appear to be any problems of this sort in the case before us and I think it would be better to deal with such problems if and when they arise.

(8) *The "Numbers Warrant" Provision*

What is being considered when a court addresses the "numbers warrant" question—existing demand, potential demand, or something else? The appellants' position was that the existing demand for Francophone services is not a reliable indicator of demand because the demand for any service will to some extent follow the provision of that service. The respondent, on the other hand, argued that the courts cannot simply use the total number of potential s. 23 students as a gauge, since it is highly unlikely that all of these students will take advantage of a proposed service. There is some force to both of these arguments; accordingly, the approach I have taken mediates between the concerns which they raise. In my view, the relevant figure for s. 23 purposes is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility. It will normally be impossible to know this figure exactly, yet it can be roughly estimated by considering the parameters within which it must fall—the known demand for the service and the total number of persons who potentially could take advantage of the service.

The numbers warrant provision requires, in general, that two factors be taken into account in determining what s. 23 demands: (1) the services appropriate, in pedagogical terms, for the number of students involved; and (2) the cost of the contemplated services. The first, pedagogical require-

ties données aux écoles confessionnelles pourraient fractionner un groupe admissible d'élèves appartenant à la minorité linguistique et empêcher de ce fait la création d'une école de la minorité linguistique qui serait autrement requise. Mais une telle possibilité, si regrettable soit-elle, n'enlève rien à la validité de l'interprétation que je donne à l'art. 23. Il y a lieu de souligner aussi qu'étant donné l'étroite correspondance géographique entre les groupes confessionnels et les minorités linguistiques au Canada, il serait rare que de telles difficultés se présentent. Il ne semble pas y avoir de problèmes de cette nature en l'espèce, et je crois qu'il est préférable d'en traiter au moment où ils se présenteront, le cas échéant.

(8) *La «justification par le nombre»*

Que doivent prendre en considération les tribunaux qui étudient la question de la «justification par le nombre»—la demande actuelle, la demande potentielle, ou autre chose? Les appelants font valoir que la demande existante de services francophones n'est pas un indicateur fiable parce que la demande en matière de services suit dans une certaine mesure la prestation du service lui-même. Par ailleurs, l'intimée soutient que les tribunaux ne peuvent pas simplement utiliser comme mesure le nombre total d'élèves pouvant être visés par l'art. 23, parce qu'il est très improbable que tous ces élèves se prévaudront d'un service envisagé. Ces deux arguments ont du poids; c'est pourquoi la méthode que je propose est un moyen terme entre les deux positions exprimées. À mon sens, le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés. Il sera normalement impossible de connaître le chiffre exact, mais on peut en avoir une idée approximative en considérant les paramètres dans lesquels il doit s'inscrire—la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service.

La justification par le nombre requiert, en général, la prise en considération de deux facteurs pour déterminer les exigences de l'art. 23: (1) les services appropriés, en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés; et (2) le coût des services envisagés. Le premier facteur, soit les

ments, recognizes that a threshold number of students is required before certain programmes or facilities can operate effectively. There is no point, for example, in having a school for only ten students in an urban centre. The students would be deprived of the numerous benefits which can only be achieved through studying and interacting with larger numbers of students. The welfare of the students, and thus indirectly the purposes of s. 23, demands that programmes and facilities which are inappropriate for the number of students involved should not be required.

Cost, the second factor, is not usually explicitly taken into account in determining whether or not an individual is to be accorded a right under the *Charter*. In the case of s. 23, however, such a consideration is mandated. Section 23 does not, like some other provisions, create an absolute right. Rather, it grants a right which must be subject to financial constraints, for it is financially impractical to accord to every group of minority language students, no matter how small, the same services which a large group of s. 23 students are accorded. I note, however, that in most cases pedagogical requirements will prevent the imposition of unrealistic financial demands upon the state. Moreover, the remedial nature of s. 23 suggests that pedagogical considerations will have more weight than financial requirements in determining whether numbers warrant.

In my view, the phrase "where numbers warrant" does not provide an explicit standard which courts can use to determine the appropriate instruction and facilities (in light of the aforementioned considerations) in every given situation. The standard will have to be worked out over time by examining the particular facts of each situation which comes before the courts, but, in general, the inquiry must be guided by the purpose of s. 23. In particular, the fact that s. 23 is a remedial section is significant, indicating that the section does not aim at merely guaranteeing the status quo.

exigences pédagogiques, reconnaît l'existence d'un seuil numérique minimal pour assurer le fonctionnement efficace de certains programmes et établissements. Il ne servirait à rien par exemple d'avoir une école pour dix élèves seulement dans un centre urbain car les élèves seraient privés des nombreux avantages qui découlent d'études et de contacts avec un nombre plus considérable d'élèves. Pour le bien des élèves, et donc indirectement pour les fins de l'art. 23, on ne devrait pas exiger des programmes et des établissements qui ne sont pas appropriés pour le nombre d'élèves concernés.

Le second facteur, soit le coût des services, n'est pas explicitement pris en compte normalement pour déterminer si une personne se verra ou non accorder un droit prévu dans la *Charte*. Dans le cas de l'art. 23, cependant, cette considération s'impose. À la différence d'autres dispositions, l'art. 23 ne crée pas un droit absolu. Il accorde plutôt un droit dont l'exercice est assujéti à des contraintes pécuniaires, car il n'est financièrement pas possible d'accorder à chaque groupe d'élèves appartenant à la minorité linguistique, si petit soit-il, les mêmes services que ceux donnés à un groupe important d'élèves visés par l'art. 23. Je note toutefois que, dans la plupart des cas, les exigences pédagogiques permettront d'éviter l'imposition à l'État de charges pécuniaires irréalistes. De plus, le caractère réparateur de l'art. 23 laisse entendre que les considérations pédagogiques pèseront plus lourd que les exigences financières quand il s'agira de déterminer si le nombre d'élèves justifie la prestation des services concernés.

À mon avis, l'expression «nombre suffisant pour justifier» ne donne pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être l'enseignement et les établissements appropriés (compte tenu des considérations susmentionnées) dans chaque situation donnée. La norme devra être précisée, avec le temps, par l'examen des faits propres à chaque situation soumise aux tribunaux mais, en règle générale, l'analyse doit se fonder sur les fins de l'art. 23. En particulier, le caractère réparateur de l'art. 23 est important car il indique que l'article ne vise pas à garantir simplement le statu quo.

Thus, a number of complex and subtle factors must be taken into account beyond simply counting the number of students. For example, what is appropriate may differ between rural and urban areas. Another factor to consider is that s. 23 speaks of "wherever in the province" the "numbers warrant". This means that the calculation of the relevant numbers is not restricted to existing school boundaries (although the redrawing of school boundaries will often involve a certain cost which must be taken into account). On this point the following was stated at p. 522 of the *Reference Re Education Act of Ontario, supra*:

It must be remembered that s. 23 imposes a duty upon the Legislature to provide minority language instruction "wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient" (emphasis added). Since the numbers test should be applied on a local basis throughout the province, any arbitrary limitation applied across the province without any qualification or exemption may be difficult to justify. The numbers fixed will not always be immutable. They may vary with geographic regions and the type of instruction to be provided.

In some instances it may be necessary to provide transportation for students, or perhaps to provide boarding, in order to meet the requirements of s. 23. It is not necessary to deal with these issues in this appeal, but I mention them as examples of the types of considerations which it may be necessary to consider in other s. 23 cases. The great variety of circumstances which may face the courts shows why a rigid formula for implementing s. 23 should be avoided.

(9) *The Situation in Edmonton*

We can now examine the facts underlying this appeal to determine whether s. 23 parents in Edmonton should be accorded a measure of management and control as contemplated by s. 23.

At the time of the trial, there were approximately 2,948 citizens in Edmonton whose first language learned and still understood was French and who, therefore, qualified under s. 23 of the *Charter*. These citizens had approximately 4,127 children

Il faut donc tenir compte de plusieurs facteurs subtils et complexes qui dépassent le simple calcul du nombre des élèves. Par exemple, ce qui est approprié peut différer selon qu'il s'agit de régions urbaines ou rurales. Un autre facteur à considérer est le fait que l'art. 23 dit «partout dans la province où le nombre [...] est suffisant». Cela signifie que les calculs pertinents ne se limitent pas aux subdivisions scolaires existantes (quoique l'établissement de nouvelles limites scolaires entraîne souvent des coûts dont il faut tenir compte). Sur ce point, on peut lire ce qui suit à la p. 522 de l'arrêt *Reference Re Education Act of Ontario*, précité:

[TRADUCTION] Il ne faut pas oublier que l'art. 23 impose à la législature la prestation de l'enseignement dans la langue de la minorité «partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant» (en italique dans l'original). Puisque le critère numérique devrait être appliqué à l'échelle locale dans toute la province, toute limite arbitraire appliquée dans la province sans réserve ni exception pourrait être difficile à justifier. Les nombres fixés ne seront pas toujours immuables. Ils peuvent varier selon les régions géographiques et le genre d'enseignement à fournir.

Dans certains cas, il pourra être nécessaire d'assurer le transport des élèves, ou peut-être prévoir des pensionnats, pour répondre aux exigences de l'art. 23. Il n'est pas nécessaire de traiter de ces questions dans le cadre de ce pourvoi, mais je les mentionne à titre d'exemples du genre de considérations pouvant entrer en ligne de compte dans d'autres affaires fondées sur l'art. 23. La multitude des circonstances que les tribunaux pourront être appelés à examiner montre pourquoi il faut éviter de définir une formule d'application rigide pour l'art. 23.

(9) *La situation à Edmonton*

Nous pouvons maintenant examiner les faits à l'origine de ce pourvoi pour déterminer si les parents d'Edmonton visés par l'art. 23 devraient avoir un certain degré de gestion et de contrôle comme l'envisage l'art. 23.

À l'époque du procès, Edmonton comptait approximativement 2 948 citoyens dont la première langue apprise et encore comprise était le français et qui, par conséquent, étaient visés par l'art. 23 de la *Charte*. Ces citoyens avaient environ

from birth to age 19, of whom 3,750 were between five and 19 years of age. The vast majority of these parents were separate school supporters. The enrollment at the existing Francophone school, École Maurice Lavallée was 242 students from kindergarten to grade 6, with room for more. No one has been turned away for lack of space. The capacity of the school is 720 students. At the time of trial there were 315 in attendance, of whom 73 were in the grades 7 and 8 immersion programme.

It does not appear that any financial or pedagogical problems have accompanied the operation of the existing Francophone school, École Maurice Lavallée. In view of the substantial number of students involved I do not think that such problems would be likely. It is, no doubt, slightly more expensive on a per student basis to operate a school with 242 students as compared to a school with 1,000 students. However, the remedial nature of s. 23 means that such differences in cost, if not unreasonable, must be accepted. It seems clear that even at the present level of demand, there are sufficient students to justify in both pedagogical and financial terms the creation of an independent school, such as the one presently existing as well as providing for a continuing course of primary and secondary schooling. A recognition of this fact appeared to be common ground amongst all of the parties involved in this appeal, as well as by both of the Alberta courts.

Having established that the existing Francophone school in Edmonton is required in order to comply with s. 23, I believe it is reasonable to require, in addition, that the minority language parents enjoy the right to representation on the separate school board and the degree of management and control that this entails (as specified above). In general, wherever the number of students justifies creating a minority language school, this number would also justify granting the minority language parents a measure of management and control. Because a Francophone school already exists in Edmonton, the pedagogical and financial effects of granting management and control in the case at hand are not likely to be great. Reorganization of the relevant school board to

4 127 enfants de moins de vingt ans, dont 3 750 avaient de 5 à 19 ans. La grande majorité de ces parents étaient contribuables des écoles séparées. L'école francophone existante, l'École Maurice-Lavallée, comptait 242 élèves allant de la maternelle à la sixième année, et il restait des places. Aucune inscription n'a été refusée pour manque de place. L'école a une capacité suffisante pour 720 élèves. Au moment du procès, elle en comptait 315, dont 73 suivaient un programme d'immersion en 7^e et 8^e années.

Il ne semble pas que l'école francophone existante, l'École Maurice-Lavallée, ait connu des problèmes financiers ou pédagogiques. Étant donné le nombre considérable d'élèves en cause, je ne crois pas que de tels problèmes soient susceptibles de se produire. Sans doute est-il proportionnellement un peu plus coûteux de faire fonctionner une école de 242 élèves qu'une école de 1 000 élèves. Cependant le caractère réparateur de l'art. 23 signifie que de tels écarts dans les coûts, s'ils ne sont pas excessifs, doivent être acceptés. Il semble clair que, même au niveau actuel de la demande, il y a suffisamment d'élèves pour justifier, aussi bien sur le plan pédagogique que sur le plan financier, la création d'une école indépendante comme celle qui existe actuellement ainsi que la fourniture d'un programme permanent d'instruction aux niveaux primaire et secondaire. Toutes les parties en cause dans ce pourvoi semblent avoir reconnu ce fait, ainsi que les deux cours albertaines.

8 Après avoir établi que l'école francophone existante d'Edmonton est nécessaire pour satisfaire aux exigences de l'art. 23, je crois qu'il est raisonnable d'exiger en plus, que soit donnés aux parents appartenant à la minorité linguistique le droit d'être représentés au conseil scolaire séparé et le degré de gestion et de contrôle correspondant (décrit précédemment). En règle générale, lorsque le nombre d'élèves justifie la création d'une école de la minorité linguistique, ce nombre justifiera aussi l'attribution d'un degré de gestion et de contrôle aux parents appartenant à la minorité linguistique. Puisqu'il existe déjà une école francophone à Edmonton, l'octroi de pouvoirs de gestion et de contrôle en l'espèce n'aura vraisemblablement pas une grande incidence pédagogique ou

provide for a degree of management and control would not significantly change the pedagogical structure, nor would it be very expensive. At the time of the trial there were approximately 424,622 students enrolled in the public or separate school systems in Alberta in some 146 different jurisdictions. These jurisdictions are administered by Boards of Trustees elected by eligible voters within the boundaries of the districts. Forty-seven of these jurisdictions had fewer than 500 students; of these 25 had fewer than 250 students; of these 8 had fewer than 100 students; and of these 4 had 50 students or less. Of these same 47 districts: 35 were separate school districts whose formation was guaranteed by constitutional guarantees under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, s. 17 of the *Alberta Act*, and s. 29 of the *Charter*; three were in National Parks and subject to federal-provincial agreements; two were consolidated school districts formed under now defunct legislation; one was a regional district formed pursuant to an agreement of three other school jurisdictions; and of the remaining six, four were formed in 1937 and the other two in 1966.

In Edmonton there were approximately 116,788 students enrolled in the public and separate school systems in some nine school jurisdictions. Five of these districts had less than 5,000 students (specifically, the numbers of students in these districts were 4,187 – 3,043 – 2,600 – 758, and 381).

Although some of the smaller school districts in Edmonton and Alberta were formed as a result of special circumstances, s. 23 is itself a special circumstance. Overall, I think it clear that the numbers described above show that requiring a Francophone school, together with a degree of management and control to the parents, is, in respect of a group of students who, at a minimum, number at least 242, a reasonable requirement. At the same time, I am not satisfied on the basis of present evidence that it has been established that the number of students likely to attend Francophone schools in Edmonton is sufficient to man-

financière. La réorganisation du conseil scolaire concerné pour donner un certain degré de gestion et de contrôle ne modifierait pas considérablement la structure pédagogique en place et ne serait pas très coûteuse non plus. À l'époque du procès, 424 622 élèves étaient inscrits dans les écoles publiques ou séparées en Alberta dans 146 districts distincts. Ces districts sont administrés par des conseils scolaires dont les membres sont élus par des électeurs admissibles dans les limites des districts. Parmi ces districts, 47 comptent moins de 500 élèves; parmi ces derniers, 25 en comptent moins de 250, dont 8 moins de 100 élèves; enfin, 4 de ces 8 districts ne comptent que 50 élèves ou moins. Sur ces 47 districts, 35 sont des districts d'écoles séparées créés sous le régime des garanties constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* et l'art. 29 de la *Charte*; trois de ces districts se trouvent dans des parcs nationaux et sont régis par des ententes fédérales-provinciales; deux sont des districts scolaires formés en vertu de lois qui ne sont plus en vigueur; un district est un district régional formé en vertu d'une entente conclue entre trois autres districts scolaires; et sur les six qui restent quatre ont été formés en 1937 et les deux autres en 1966.

À Edmonton, 116 788 élèves étaient inscrits dans les écoles publiques et séparées et répartis entre neuf districts scolaires. Cinq de ces districts comptent moins de 5 000 élèves (plus exactement, le nombre d'élèves dans ces districts étaient de 4 187, 3 043, 2 600, 758 et 381).

Bien que certains des plus petits districts scolaires à Edmonton et en Alberta aient été formés en raison de circonstances particulières, l'art. 23 constitue lui-même une circonstance particulière. Toutes choses considérées, il me semble clair que les chiffres cités montrent qu'il est raisonnable à l'égard d'un groupe d'au moins 242 élèves de demander une école francophone ainsi qu'un certain degré de gestion et de contrôle pour les parents. Cela dit, je ne suis pas convaincu, au vu de la preuve produite en l'espèce, que l'on ait établi que le nombre d'élèves qui fréquenteront vraisemblablement les écoles francophones à Edmonton

date under s. 23 the establishment of an independent Francophone school board. In reaching this conclusion, I have considered the likely demand upon a Francophone school, and have also allowed for an additional number of students that will come from an extension of the programme to include secondary school grades. If actual experience reveals a larger than anticipated demand, however, it may be necessary to reconsider whether the appropriate degree of management and control mandates the establishment of an independent minority language school board.

To conclude: the number of minority language students in Edmonton warrants as a minimum the provision of s. 23 rights by way of minority language representation on school boards administering minority language schools in the manner and with the authority above described. These rights are not provided at the present time. The province must enact legislation (and regulations, if necessary) that are in all respects consistent with the provisions of s. 23 of the *Charter*.

Remedies

The appellants' statement of claim, as I have indicated, includes requests for a number of declarations. These declarations fall into two general groups: (1) in respect of the alleged invalidity of certain provisions of the *School Act* of Alberta; and (2) in respect of the rights which must be accorded to s. 23 parents in Edmonton.

The appellants did not specify in their statement of claim which provisions of the Alberta legislation they desired to have struck down, but it appears from their arguments that their main concern was with provisions 13, 158, and 159 of the *School Act*, and Regulation 490/82 passed thereunder:

13(1) The Minister may establish any portion of Alberta as a public school district.

158 Subject to section 159, all pupils in school shall be taught in the English language.

159(1) A board may authorize

- (a) that French be used as a language of instruction, or

soit suffisant pour justifier la création d'un conseil scolaire francophone indépendant en vertu de l'art. 23. Pour arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte de la demande probable en matière d'école francophone, et j'ai pris en compte également un nombre supplémentaire d'élèves correspondant à l'extension du programme à des classes du niveau secondaire. Si les chiffres réels devaient être supérieurs à la demande prévue, il pourrait être nécessaire toutefois de réexaminer la question de savoir si le niveau approprié de gestion et de contrôle exige la création d'un conseil scolaire indépendant de la minorité linguistique.

Pour conclure: le nombre d'élèves appartenant à la minorité linguistique à Edmonton justifie au minimum l'attribution de droits prévus à l'art. 23 par la représentation de la minorité linguistique au sein des conseils scolaires qui administrent des écoles de cette minorité, de la manière et avec les pouvoirs décrits précédemment. Ces droits ne sont pas accordés actuellement. La province doit donc adopter des mesures législatives (et des règlements, si nécessaire) qui soient à tous égards conformes aux dispositions de l'art. 23 de la *Charte*.

Réparations

Comme je l'ai indiqué, les appelants demandent aussi plusieurs déclarations s'inscrivant dans deux groupes généraux: (1) les unes concernent l'invalidité alléguée de certaines dispositions de la *School Act* de l'Alberta, et (2) les autres les droits à accorder aux parents d'Edmonton visés par l'art. 23.

Les appelants n'ont pas précisé dans leur déclaration les dispositions de la loi albertaine dont ils demandaient l'annulation, mais leurs arguments permettent de penser qu'il s'agit principalement des art. 13, 158 et 159 de la *School Act*, et de son règlement d'application 490/82:

[TRADUCTION] **13(1)** Le ministre peut ériger toute partie de l'Alberta en district d'écoles publiques.

158 Sous réserve de l'article 159, l'enseignement dans les écoles est dispensé en anglais.

159(1) Un conseil peut autoriser

- a) l'usage du français comme langue d'enseignement; ou

(b) that any other language be used as a language of instruction in addition to the English language, in all or any of its schools.

(2) A board authorizing French or any other language as a language of instruction shall comply with the regulations of the Minister.

(3) Notwithstanding section 80, a board, subject to the regulations of the Minister, may employ one or more competent persons to give instruction in French or any other language to all pupils whose parents have signified a willingness that they should receive it.

(4) The course of instruction must not supersede or in any way interfere with the instruction required by the regulations of the Minister and by this Act.

Regulation 490/82:

1(1) A board shall not commence a program that uses French as the language of instruction in a school unless it has:

(a) passed and delivered to the Minister a resolution authorizing the use of French as the language of instruction, and

(b) made provision satisfactory to the Minister for the use of English as the language of instruction for all pupils who would normally attend the school and whose parents desire such instruction.

(2) The course of study and instructional materials for the program shall be those prescribed or approved pursuant to section 11(2) of the School Act.

2 Where, pursuant to section 159 of the School Act, a board authorizes a program that uses French as a language of instruction,

(a) if the program commences in grade 1, then with respect to grades 1 and 2,

(i) the amount of time French is used as the language of instruction,

(ii) the nature and extent of English language instruction, if any, and

(iii) the point at which the English language arts program, if any, is initiated

is in the discretion of the board;

(b) regardless of when the program commences, after grade 2,

(i) not less than 300 minutes per week of instruction in English language arts shall be provided for each pupil in each of grades 3, 4, 5, and 6,

b) l'usage de toute autre langue comme langue d'enseignement en plus de l'anglais, dans l'ensemble ou une partie de ses écoles.

(2) Le conseil qui autorise l'usage du français ou de toute autre langue comme langue d'enseignement doit se conformer aux règlements établis par le ministre.

(3) Nonobstant l'article 80, un conseil, sous réserve des règlements pris par le ministre, peut engager une ou plusieurs personnes compétentes pour dispenser un enseignement en français ou dans toute autre langue à tous les élèves dont les parents ont manifesté leur volonté en ce sens.

(4) Le programme d'études ne doit pas se substituer ni en aucune façon porter atteinte à l'enseignement requis par la présente loi et par les règlements pris par le ministre.

Règlement 490/82:

[TRADUCTION] 1(1) Avant de mettre en œuvre un programme utilisant le français comme langue d'enseignement dans une école, tout conseil doit satisfaire aux conditions suivantes:

a) adopter et transmettre au ministre une résolution autorisant l'usage du français comme langue d'enseignement, et

b) prévoir de façon jugée satisfaisante par le ministre l'usage de l'anglais comme langue d'enseignement pour tous les élèves qui fréquenteraient normalement l'école et dont les parents ont manifesté leur volonté en ce sens.

(2) Le programme d'études et le matériel pédagogique seront ceux prescrits ou approuvés conformément au paragraphe 11(2) de la School Act.

2 Lorsque, en vertu de l'article 159 de la School Act, un conseil autorise un programme enseigné en français,

a) et que la mise en œuvre du programme commence en 1^{re} année, il appartient alors au conseil de décider, relativement à la 1^{re} et à la 2^e années,

(i) de la durée pendant laquelle l'enseignement est dispensé en français,

ii) de la nature et de l'importance de l'enseignement en anglais, le cas échéant, et

(iii) du moment où débutera le programme d'études de lettres en langue anglaise, le cas échéant.

b) indépendamment du moment où débute le programme, après la 2^e année,

(i) chaque élève de 3^e, 4^e, 5^e et 6^e années doit recevoir, chaque semaine, au moins 300 minutes d'enseignement de lettres en anglais,

(ii) not less than 150 hours per year of instruction in English language arts shall be provided for each pupil in each of grades 7, 8 and 9, and

(iii) not less than 125 hours per year or the equivalent of 5 credits per year of instruction in English language arts shall be provided for each pupil in each of grades 10, 11 and 12.

3 The French Language Regulation (Alta. Reg. 115/82) is repealed.

As a preliminary matter, I note that the *School Act* has recently been revised; ss. 158 and 159 of the old Act have been replaced by the following sections of the *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1:

4 Every student is entitled to receive school instruction in English.

5(1) If an individual has rights under section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to have his children receive school instruction in French, his children are entitled to receive that instruction in accordance with those rights wherever in the Province those rights apply.

(2) The Lieutenant Governor in Council may make regulations respecting anything that may be required to give effect to subsection (1).

6(1) A board may authorize the use of French or any other language as a language of instruction.

(2) The Minister may make regulations governing the provision of instruction in any language authorized under subsection (1).

In view of these new provisions, the possibility that the constitutionality of the *School Act* might be moot was raised before us, although this argument was not forcefully advanced. As this Court has stated on various occasions (e.g., *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234), courts retain an inherent discretion to deal with cases which may have technically become moot. In view of the similarity of the language between the old and new provisions, and in view of the fact that the appellants' arguments apply to both sets of provisions (indeed, both the appellants and the respondent made submissions with respect to the new provisions), I do not think that we should refuse to consider the constitutionality of the *School Act*.

As was noted by both of the Alberta courts, ss. 13, 158 and 159 of the *School Act* are "permiss-

(ii) chaque élève de 7^e, 8^e et 9^e années doit recevoir, chaque année, au moins 150 heures d'enseignement de lettres en anglais, et

(iii) chaque élève de 10^e, 11^e et 12^e années doit recevoir, chaque année, au moins 125 heures d'enseignement de lettres en anglais ou l'équivalent de cinq crédits.

3 Le French Language Regulation (Règlement de l'Alberta 115/82) est abrogé.

Je note tout d'abord que la *School Act* a été récemment révisée; les art. 158 et 159 de l'ancienne loi ont été remplacés par les articles suivants de la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1:

[TRADUCTION] 4 Chaque élève a droit à l'enseignement en anglais.

5(1) Les élèves dont les parents peuvent faire instruire leurs enfants en français en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont droit de recevoir cet enseignement en conformité des droits visés; là où ils s'appliquent dans la province.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toute mesure d'application du paragraphe (1).

6(1) Un conseil peut autoriser l'usage du français ou de toute autre langue comme langue d'enseignement.

(2) Le ministre peut, par règlement, régir la prestation de l'enseignement dans toute langue autorisée par le paragraphe (1).

Étant donné ces nouvelles dispositions, on a soutenu devant nous, mais sans beaucoup insister, que la question de la constitutionnalité de la *School Act* pouvait être devenue théorique. Comme l'a déclaré notre Cour à diverses occasions (par exemple dans l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234), les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire inhérent de statuer sur des points qui, à toutes fins utiles, sont devenus théoriques. Compte tenu de la similitude entre le libellé des anciennes dispositions et celui des nouvelles, et comme les moyens des appelants visent aussi bien les anciennes que les nouvelles dispositions (en fait, les appelants et l'intimée ont fait des observations au sujet des nouvelles dispositions), je ne crois pas que nous devrions refuser d'examiner la constitutionnalité de la *School Act*.

Comme l'ont souligné les deux cours albertaines, les art. 13, 158 et 159 de la *School Act* sont des

sive” provisions, that is, they do not prevent authorities from acting in accordance with the *Charter*, but neither do they guarantee that such compliance will occur. There are several factors to consider when deciding whether this situation should lead to a declaration of invalidity.

First, the effect of a declaration of invalidity should be considered. In this case, as it is impossible for the Court to rewrite the impugned legislation, the result of a declaration of invalidity would be to create a legislative vacuum. This result would not help the position of the appellants. Indeed, the appellants might be worse off, because if the above legislation is invalidated the public authorities in Alberta would presumably be temporarily precluded from exercising their powers so as to change the existing system in order to comply with s. 23.

The second factor is that the right which the appellants possess under s. 23 is not a right to any particular legislative scheme, it is a right to a certain type of educational system. What is significant under s. 23 is that the appellants receive the appropriate services and powers; how they receive these services and powers is not directly at issue in determining if the appellants have been accorded their s. 23 rights. It is true that if the existing legislation has the effect, either directly or indirectly, of preventing the realization of a *Charter* right then, as this Court has stated on numerous occasions, the legislation should be invalidated. However, it is not clear that the existing legislation in Alberta is a bar to the realization of the appellants’ rights. The real obstacle is the inaction of the public authorities. The government could implement a scheme within the existing legislation to ensure that these s. 23 parents and other s. 23 parents in the province receive what is due to them. The problem is that they have not done so.

For these reasons I think it best if the Court restricts itself in this appeal to making a declaration in respect of the concrete rights which are due to the minority language parents in Edmonton under s. 23. Such a declaration will ensure that the

dispositions «créant une faculté», c’est-à-dire qu’elles n’empêchent pas les autorités d’agir conformément à la *Charte*, mais elles ne garantissent pas non plus que celle-ci sera respectée. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération avant de décider si cette situation devrait entraîner une déclaration d’invalidité.

Tout d’abord, il faut considérer l’effet d’une déclaration d’invalidité. En l’espèce, comme il est impossible à la Cour de reformuler la loi contestée, une déclaration d’invalidité aurait pour effet de créer un vide législatif. Ce résultat n’améliorerait pas la situation des appelants. En réalité, cela pourrait l’aggraver, car si la loi susmentionnée devait être invalidée, on peut présumer que les autorités publiques de l’Alberta seraient temporairement empêchées d’exercer leurs pouvoirs de façon à modifier le système en place pour le rendre conforme aux exigences de l’art. 23.

Le second facteur tient à ce que le droit conféré aux appelants par l’art. 23 n’est pas un droit à un régime législatif particulier, mais un droit à un certain type de système d’éducation. En vertu de l’art. 23, l’important est que les appelants reçoivent les services et les pouvoirs appropriés; le mode d’attribution de ces pouvoirs et de ces services n’entre pas directement en cause quand il s’agit de déterminer si les droits des appelants en vertu de l’art. 23 leur ont été accordés. Il est vrai que si la loi existante a pour effet, directement ou indirectement, d’empêcher l’exercice d’un droit prévu par la *Charte*, la loi doit alors être invalidée, comme notre Cour l’a déclaré en de nombreuses occasions. Il n’est cependant pas certain que la loi albertaine existante soit un obstacle à la matérialisation des droits des appelants. Le véritable obstacle réside dans l’inaction des autorités publiques. Le gouvernement pourrait inscrire au sein de la loi existante des dispositions qui garantiraient que les parents visés par l’art. 23, tant les parents en cause que d’autres dans la province, recevront ce qui leur est dû. Le problème est qu’il ne l’a pas fait.

Pour ces motifs, je crois préférable que notre Cour se limite, dans le cadre de ce pourvoi, à faire une déclaration à l’égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l’art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton. Une

appellants' rights are realized while, at the same time, leaving the government with the flexibility necessary to fashion a response which is suited to the circumstances. As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23. Section 23 of the *Charter* imposes on provincial legislatures the positive obligation of enacting precise legislative schemes providing for minority language instruction and educational facilities where numbers warrant. To date, the legislature of Alberta has failed to discharge that obligation. It must delay no longer in putting into place the appropriate minority language education scheme.

Regulation 490/82, which mandates that a minimum of approximately 20 per cent of class time be spent on English language education, is not "permissive" legislation and is, therefore, on a different footing from the other impugned provisions. In their statement of claim the appellants asked for a declaration to the effect that 100 per cent of their children's instruction should be in French. The appellants' position is that the regulation directly contradicts s. 23. I agree that Regulation 490/82 may impede the achievement of the purpose of s. 23. The appellants' rights under s. 23 include a general right for their children to be instructed entirely in the French language. However, by virtue of s. 1 of the *Charter*, "reasonable" limitations of *Charter* rights are permitted. Both of the Alberta courts held that if Regulation 490/82 does in fact infringe s. 23, it could nevertheless be upheld as a reasonable limitation on s. 23 rights. In support of this finding they referred to evidence

telle déclaration garantira que les droits des appelants se concrétiseront, tout en laissant au gouvernement la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances. Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'art. 23. L'article 23 de la *Charte* impose aux législatures provinciales l'obligation positive d'édicter des dispositions législatives précises pour fournir une instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie. Jusqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir cette obligation. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité.

Le règlement 490/82, qui exige qu'environ 20 pour 100 des heures de cours, au moins, soient consacrées à l'enseignement en langue anglaise, ne crée pas «une faculté». Il est donc dans une situation différente des autres dispositions contestées. Dans leur déclaration, les appelants ont demandé qu'il soit déclaré que 100 pour 100 de l'instruction donnée à leurs enfants devrait l'être en langue française. Les appelants estiment que le règlement contrevient directement aux dispositions de l'art. 23. Je conviens que le règlement 490/82 peut faire obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23. Les droits conférés aux appelants par l'art. 23 comprennent le droit général de faire instruire leurs enfants entièrement en français. Cependant, l'article premier de la *Charte* prévoit des limites «raisonnables» aux droits garantis par la *Charte*. Les deux cours albertaines ont statué que, si le règlement 490/82 viole réellement l'art. 23, il pourrait néanmoins être maintenu à titre de limite raison-

that a knowledge of English is required for any student in Alberta.

I am prepared to agree with the Alberta courts that a certain amount of mandatory English language instruction is a reasonable limitation on s. 23. It seems indisputable that some English language education is important for all students in Alberta. It is not self-evident, however, that a full 300 minutes a week of English instruction is necessary in Francophone schools. It is for the respondent to prove that this limit infringes the s. 23 right no more than is necessary, and in the absence of such a demonstration I conclude that the Regulation is not saved by s. 1. This conclusion does not, of course, preclude the respondent from attempting in the future to prove that some mandatory English instruction, perhaps even 300 minutes per week, is a reasonable limit under s. 1.

Conclusion

In order to comply with s. 23 of the *Charter*, minority language parents in Edmonton should be granted management and control over minority language instruction and facilities in Edmonton in accordance with the following principles:

- (1) The representation of the linguistic minority on local boards or other public authorities which administer minority language instruction or facilities should be guaranteed;
- (2) The number of minority language representatives on the board should be, at a minimum, proportional to the number of minority language students in the school district, i.e. the number of minority language students for whom the board is responsible;
- (3) The minority language representatives should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including:

nable imposée aux droits garantis par l'art. 23. À l'appui de cette conclusion, elles se sont référées aux éléments de preuve selon lesquels la connaissance de l'anglais est requise pour tout élève en Alberta.

Je suis disposé à dire, comme les cours albertaines, qu'une certaine quantité d'enseignement obligatoire en anglais constitue une limite raisonnable imposée à l'art. 23. L'importance pour tous les élèves de l'Alberta d'une certaine mesure d'enseignement en langue anglaise semble indiscutable. Il n'est pas évident toutefois qu'il soit nécessaire de dispenser 300 minutes d'enseignement en anglais par semaine dans les écoles francophones. Il appartient à l'intimée de prouver que cette limite ne porte pas plus atteinte que nécessaire au droit conféré par l'art. 23 et, en l'absence de cette preuve, je conclus que le règlement contesté n'est pas sauvegardé par l'article premier. Cette conclusion n'empêche évidemment pas l'intimée de tenter à l'avenir de prouver que de l'instruction obligatoire en anglais, peut-être même 300 minutes par semaine, constitue une restriction raisonnable aux termes de l'article premier.

Conclusion

Pour assurer le respect de l'art. 23 de la *Charte*, les parents d'Edmonton appartenant à la minorité linguistique devraient se voir accorder la gestion et le contrôle de l'instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique à Edmonton conformément aux principes suivants:

- (1) La représentation de la minorité linguistique au sein des conseils locaux ou des autres pouvoirs publics qui administrent l'instruction dans la langue de la minorité ou les établissements où elle est dispensée, doit être garantie;
- (2) Le nombre de représentants de la minorité linguistique au sein du conseil doit être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité linguistique dans le district scolaire, c.-à-d. au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil;
- (3) Les représentants de la minorité linguistique doivent avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée s'y rapportant, notamment:

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities; (b) appointment and direction of those responsible for the administration of such instruction and facilities; (c) establishment of programs of instruction; (d) recruitment and assignment of teachers and other personnel; and (e) making of agreements for education and services for minority language pupils. | <ul style="list-style-type: none"> a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements; b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements; c) l'établissement de programmes scolaires; d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs; et e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique. |
|---|--|

To the above declaration I add that, as I explained earlier, the quality of education provided to the minority language group in Edmonton should be on a basis of reasonable equality with the majority, although it need not be identical, and public funding adequate for this purpose must be provided.

À la déclaration précitée, j'ajouterai, comme je l'ai déjà expliqué, que la qualité de l'enseignement dispensé à la minorité linguistique à Edmonton devrait être égale à celle de l'enseignement donné à la majorité, sans avoir à être identique, et que des fonds publics adéquats à cette fin doivent être fournis.

Constitutional Questions

In light of the foregoing discussion, the constitutional questions may be answered as follows:

Questions constitutionnelles

Compte tenu de l'analyse qui précède, les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

Question 1: Have the rights of the linguistic minority population in metropolitan Edmonton to minority language educational facilities pursuant to s. 23(3)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* been infringed or denied?

Question 1: Y a-t-il violation ou négation des droits de la minorité linguistique de la région métropolitaine d'Edmonton à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique aux termes de l'al. 23(3)b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: Yes.

Réponse: Oui.

Question 2: Does the right to minority language instruction and educational facilities pursuant to s. 23(3)(a) and s. 23(3)(b) of the *Charter* include management and control by the minority of:

Question 2: Le droit à l'instruction dans la langue de la minorité et à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique conformément aux al. 23(3)a) et 23(3)b) de la *Charte* accorde-t-il à la minorité la gestion et le contrôle

(a) the instruction?

a) de l'instruction?

(b) the educational facilities?

b) des établissements d'enseignement?

If so, what is the nature and extent of such management and control?

Dans l'affirmative, quelles sont la nature et la portée de la gestion et du contrôle?

Answer: In metropolitan Edmonton, s. 23 grants management and control by the minority in respect of instruction and facilities, in the terms set out in the above declaration.

Réponse: Dans la région métropolitaine d'Edmonton, l'art. 23 accorde à la minorité la gestion et le contrôle de l'instruction et des établissements d'enseignement, suivant les modalités exposées dans la déclaration précitée.

Question 3: (a) Are the *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3, and the regulations passed thereunder inconsistent with or in contravention of s. 23 of the *Charter*?

Question 3: a) La *School Act*, R.S.A. 1980, ch. S-3, et ses règlements d'application sont-ils incompatibles avec l'art. 23 de la *Charte* ou contraires à celui-ci?

Answer: No, with the exception of Reg. 490/82 which *prima facie* infringes s. 23.

(b) If so, is such inconsistency or contravention justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: The respondent has not shown that Regulation 490/82 is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Question 4: Are the rights guaranteed by s. 23 of the *Charter* affected by the provisions of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, s. 29 of the *Charter* and s. 17 of the *Alberta Act*? If so, how?

Answer: No.

As the appellants were substantially successful in this appeal, they are granted costs before this Court and before both of the Alberta courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bennett, Jones, Calgary.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch, Calgary; The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Office of the Attorney General, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Réponse: Non à l'exception du règlement 490/82 qui, à première vue, viole l'art. 23.

b) Dans l'affirmative, est-ce justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: L'intimée n'a pas démontré que le règlement 490/82 se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Question 4: Les dispositions de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'art. 29 de la *Charte* et de l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta* portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte*? Dans l'affirmative, comment?

Réponse: Non.

Comme les appelants ont en grande partie gain de cause dans ce pourvoi, ils ont droit aux dépens devant notre Cour et devant les deux cours de l'Alberta.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: Bennett, Jones, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch, Calgary; Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le bureau du Procureur général, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitors for the Association canadienne-française de l'Alberta: Lang, Michener, Lash, Johnston, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Johnson & Buchan, Ottawa.

Solicitor for the intervener Alliance Quebec: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Association canadienne-française de l'Ontario, the Association française des conseils scolaires de l'Ontario and the Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens: Genest Murray DesBrisay O'Donnell Murray, Toronto.

Solicitors for the intervener the Quebec Association of Protestant School Boards: Colin K. Irving and Allan R. Hilton, Montréal.

Solicitor for the interveners the Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 and the Alberta School Trustees' Association: Judith C. Anderson, Edmonton.

Procureurs de l'Association canadienne-française de l'Alberta: Lang, Michener, Lash, Johnston, Ottawa.

a Procureurs de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada: Johnson & Buchan, Ottawa.

b Procureur de l'intervenante Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

c Procureurs des intervenantes l'Association canadienne-française de l'Ontario, l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario et l'Association des enseignantes et des enseignants franco-ontariens: Genest Murray DesBrisay O'Donnell Murray, Toronto.

d Procureurs de l'intervenante l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec: Colin K. Irving et Allan R. Hilton, Montréal.

Procureur des intervenants l'Edmonton Roman Catholic Separate School District No. 7 et l'Alberta School Trustees' Association: Judith C. Anderson, Edmonton.

Jerry Ervin Schmutz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SCHMAUTZ

File No.: 20904.

1989: November 9; 1990: March 15.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Meaning of “detention” — Failure to comply with breathalyzer demand — Whether accused detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Police informing accused of his right to counsel in the course of the investigation and prior to the actual detention — Whether police complied with the requirements of s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If not, whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the Charter.

In the course of their investigation on a hit and run accident, two police officers went to the appellant's residence. They told him that they were investigating an accident and that he had the right to remain silent and the right to retain and instruct counsel. For approximately ten minutes, the police questioned the appellant about the accident and the amount of alcohol he had consumed. One of the police officers then demanded that the appellant accompany him to the police station so that a sample of his breath could be taken. The appellant refused and was advised that he would be charged with the offence of failing to comply with the breathalyzer demand pursuant to s. 235(2) of the *Criminal Code*. The appellant ushered the police officers out of his house and they left. The appellant was later convicted in Provincial Court of the s. 235(2) offence, and both the County Court and the Court of Appeal upheld his conviction. This appeal is to determine (1) whether the appellant was detained at any time during the investigation and, in particular, when the breathalyzer demand was given to him; and (2) if so, whether the *Charter* warning initially given to the appellant

Jerry Ervin Schmutz *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SCHMAUTZ

N° du greffe: 20904.

b 1989: 9 novembre; 1990: 15 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Sens du terme « détention » — Refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine — L'accusé a-t-il été détenu? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 235.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Les policiers ont informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'enquête et avant la détention réelle — Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans la négative, la preuve devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

Au cours de leur enquête concernant un délit de fuite, deux policiers se sont rendus à la résidence de l'appelant. Ils lui ont dit qu'ils enquêtaient au sujet d'un accident et qu'il avait le droit de garder le silence et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Pendant environ dix minutes, les policiers ont interrogé l'appelant au sujet de l'accident et sur la quantité d'alcool qu'il avait consommée. L'un des policiers a alors ordonné à l'appelant de le suivre au poste de police pour qu'un échantillon de son haleine soit prélevé. L'appelant a refusé et a été avisé qu'il serait accusé de ne pas avoir obtempéré à l'ordre de fournir des échantillons d'haleine conformément au par. 235(2) du *Code criminel*. L'appelant a conduit les policiers à la porte et ceux-ci sont partis. Par la suite, l'appelant a été déclaré coupable par la Cour provinciale d'avoir commis l'infraction prévue au par. 235(2) et la Cour de comté de même que la Cour d'appel ont confirmé sa déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si l'appelant a été détenu à un moment quelconque de l'enquête et, en particulier, lorsque l'ordre de fournir des échantillons d'haleine lui a été donné, et (2) dans l'affirmative, si la

complied with s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.: The breathalyzer demand made by the police officer pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* resulted in a detention of the appellant within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. There is a detention within s. 10 when a police officer assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply. Here, the criminal liability for refusal to comply constitutes the necessary element of compulsion or coercion required for a finding of detention. The detention is not dependent upon compliance by the recipient of the demand. The fact that the appellant was at no time physically prevented from using his telephone to contact a lawyer is beside the point. Physical constraint bears no relation with the kind of detention arising from criminal liability for refusal to comply with a demand. What this kind of detention involves is the psychological or moral constraint resulting from the demand.

The *Charter* warning given to the appellant at the outset of the questioning amounted, in this case, to sufficient compliance with s. 10(b) of the *Charter*. In order to fulfill the purpose of s. 10, the detainee must be made aware of the right to counsel and be permitted to retain and instruct counsel without delay with respect to his detention and the reasons therefor. It follows that there must be a close factual connection or linkage relating the warning to the detention and the reasons therefor. As a general rule, there is nothing that prohibits an investigating officer from giving such a warning when the investigation begins or during its course. The existence of the required link will depend on the facts of each case. Here, by serving both the police and the *Charter* warnings on the appellant at the outset of the short interview, the police officers alerted him that he was suspected and was being investigated in relation to a serious offence. The situation that arose with the breathalyzer demand was directly connected to the investigation. It was part of a single incident at which the appellant was fully made aware of his rights.

mise en garde prévue par la *Charte* qui a été faite initialement à l'appelant était conforme à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

a Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: L'ordre de fournir des échantillons d'haleine donné par le policier, conformément au par. 235(1) du *Code criminel*, a entraîné la détention de l'appelant au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Il y a détention au sens de l'art. 10 lorsqu'un policier restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

b L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la conviction raisonnable qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non. En l'espèce, la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue l'élément nécessaire de contrainte ou de coercition requis pour conclure à l'existence d'une détention. La détention ne dépend pas de l'acceptation de se conformer à l'ordre. Le fait que l'appelant n'a jamais été empêché physiquement d'utiliser son téléphone pour appeler un avocat n'a aucun rapport avec la question en litige. La contrainte physique ne comporte aucun rapport avec le genre de détention qui résulte d'une responsabilité criminelle découlant du refus de se conformer à un ordre. Ce que ce genre de détention comporte, c'est la contrainte psychologique ou morale résultant de l'ordre.

La mise en garde prévue par la *Charte* qui a été faite à l'appelant au début de l'interrogatoire était suffisante en l'espèce pour être conforme à l'al. 10b) de la *Charte*.

g Pour répondre à l'objet de l'art. 10, le détenu doit être informé de son droit à l'assistance d'un avocat et autorisé à avoir recours à ses services sans délai relativement à sa détention et aux motifs de celle-ci. Il s'ensuit qu'il doit y avoir un rapport ou lien factuel étroit entre la mise en garde et la détention et les motifs de celle-ci. En règle générale, rien n'empêche un policier enquêteur de faire cette mise en garde au début de l'enquête ou au cours de celle-ci. L'existence du lien requis dépendra des faits de chaque affaire. En l'espèce, en faisant à l'appelant au début du bref interrogatoire tant la mise en garde policière que celle prévue par la *Charte*, les policiers lui ont fait prendre conscience qu'il était soupçonné et qu'il faisait l'objet d'une enquête concernant une infraction grave. La situation qui a résulté de l'ordre de fournir des échantillons d'haleine était directement reliée à l'enquête. Il faisait partie d'un seul événement au cours duquel l'appelant a été pleinement informé de ses droits.

Per Lamer J.: The right to retain and instruct counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* arises "on arrest or detention". These words impose upon the police the obligation to inform an individual of his right to counsel once that person has been told that he is under arrest or detained and the reasons therefor. The arrested or detained person must know the reason for his arrest or detention when he evaluates the necessity to avail himself of his right to counsel. He must also be in a position to give all the relevant information to his counsel, so that his counsel may give him relevant and accurate advice. Here, the *Charter* warning given to the appellant prior to the breathalyzer demand did not constitute compliance with s. 10(b). It is the fact of the appellant's detention brought about by the breathalyzer demand that triggered the s. 10(b) rights. A "close factual connection" between the *Charter* warning and the detention is not sufficient to comply with the words and purpose underlying s. 10.

The factual connection between the *Charter* warning and the detention, however, constitutes one of the factors to be balanced when deciding to admit or exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. In this case, the evidence of the appellant's refusal to comply following the breathalyzer demand should not be excluded. A factual connection existed between the offence of hit and run and that of refusal to comply with a breathalyzer demand; the appellant was never physically "detained"; the police officers acted in good faith throughout the proceedings and the appellant did not tender any evidence showing that he would have exercised his right to counsel had he been told again of that right.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; **considered:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **distinguished:** *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Brown* (1986), 28 C.R.R. 170; **referred to:** *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655; *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140.

Le juge Lamer: Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10b) de la *Charte* prend naissance «en cas d'arrestation ou de détention». Ces termes imposent à la police l'obligation d'informer une personne de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'elle a été avisée qu'elle est en état d'arrestation ou qu'elle est détenue et qu'on lui a expliqué pourquoi. La personne arrêtée ou détenue doit connaître les motifs de son arrestation ou de sa détention lorsqu'elle évalue la nécessité de se prévaloir de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, elle doit être en mesure de donner à son avocat tous les renseignements pertinents, de sorte que ce dernier puisse lui donner des conseils pertinents et précis. En l'espèce, la mise en garde prévue par la *Charte* qui a été faite à l'appelant avant de lui donner l'ordre de fournir un échantillon d'haleine n'était pas conforme à l'al. 10b). C'est la détention de l'appelant résultant de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine qui a fait intervenir les droits que garantit l'al. 10b). Un «rapport factuel étroit» entre la mise en garde prévue par la *Charte* et la détention n'est pas suffisant pour se conformer aux termes et à l'objet de l'art. 10.

Toutefois, le rapport factuel entre la mise en garde prévue par la *Charte* et la détention constitue l'un des facteurs dont on doit tenir compte pour décider d'utiliser ou d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce, la preuve du refus de l'appelant d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ne devrait pas être écartée. Il y avait un rapport factuel entre les infractions de délit de fuite et de refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine, l'appelant n'a jamais été «détenu» physiquement, les policiers ont toujours agi de bonne foi et l'appelant n'a pas présenté d'éléments de preuve démontrant qu'il aurait exercé son droit à l'assistance d'un avocat si on l'avait encore une fois mis au courant de l'existence de ce droit.

^h Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

ⁱ **Arrêt appliqué:** *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; **arrêt examiné:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. v. Brown* (1986), 28 C.R.R. 170; **arrêts mentionnés:** *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655; *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140.

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235 [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 16].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, [1988] 4 W.W.R. 193, 41 C.C.C. (3d) 449, 4 M.V.R. (2d) 1, dismissing the accused's appeal from a judgment of Fisher Co. Ct. J.¹, affirming the accused's conviction for failing to comply with a breathalyzer demand². Appeal dismissed.

Glen Buckley, for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

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

GONTHIER J.—The appellant was convicted in the Provincial Court of British Columbia for failing to comply with a breathalyzer demand in contravention of s. 235(2) (now s. 254(5)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 16). The circumstances in which the appellant was subjected to the demand raise the issue of whether s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated.

I—The Facts

On the evening of August 1, 1985, a hit and run accident occurred in Delta, British Columbia. Constable Walden, of the Delta Police Force, attended at the accident scene and observed marks of yellow paint along the side of the bronze car which had been hit. On the basis of some informa-

¹ B.C. Co. Ct. (New Westminster), No. X017005, September 24, 1986.

² B.C. Prov. Ct., June 12, 1986 (Judge Scherling).

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

^a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 235 [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 16].

^b

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, [1988] 4 W.W.R. 193, 41 C.C.C. (3d) 449, 4 M.V.R. (2d) 1, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre une décision du juge Fisher de la Cour de comté¹, qui avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour son refus d'obtempérer à un ordre de fournir des échantillons d'haleine². Pourvoi rejeté.

Glen Buckley, pour l'appellant.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

^e Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

^f

LE JUGE GONTHIER—La Cour provinciale de la Colombie-Britannique a déclaré l'appellant coupable d'avoir refusé d'obtempérer à un ordre de fournir des échantillons d'haleine, contrairement au par. 235(2) (maintenant le par. 254(5)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (modifié par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 16). Les circonstances dans lesquelles l'ordre a été donné à l'appellant soulèvent la question de savoir si l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé.

^h

I—Les faits

ⁱ Le soir du 1^{er} août 1985, un délit de fuite a été commis à Delta en Colombie-Britannique. L'agent Walden de la police de Delta s'est rendu sur les lieux de l'accident et a constaté la présence de marques de peinture jaune le long de la voiture de couleur bronze qui avait été heurtée. À partir de

¹ C. cté C.-B. (New Westminster), n° X017005, 24 septembre 1986.

² C. prov. C.-B., 12 juin 1986 (juge Scherling).

tion received, Constable Walden and Corporal Holloway went to a nearby residence where they noticed a yellow van with damage to the front passenger side. On the damaged part of the van, they observed traces of bronze paint. The engine of the van was still warm.

At about 9:55 p.m., the two officers knocked upon the door of the residence which the appellant opened. They asked him if they could come in and he agreed. They told him that they were investigating a hit and run accident which had occurred between 9:00 and 9:30 p.m. They also told him that he had the right to remain silent and that he had the right to retain and instruct counsel. The two police officers questioned the appellant for about ten minutes, first about the accident, and then about whether, when, and where he had been drinking. The appellant said he had drunk a little at an inn and a lot after he got home. Following that answer, one of the police officers demanded that the appellant accompany him for the purpose of enabling breathalyzer samples to be taken. The following "breathalyzer demand" was read to the appellant:

I have reasonable and probable grounds to believe that you within the preceding two hours have committed an offence under Section 234 or 236 of the Criminal Code. I hereby demand that you provide now or as soon as is practicable such samples of your breath as are necessary to enable a proper analysis to be made to determine the proportion, if any, of alcohol in your blood and to accompany me for the purpose of enabling such samples to be taken.

No *Charter* warning was given at that point. The appellant's reply to the demand was: "I'm not going". He was advised that he was under the obligation to go, to which he replied: "You'd better get a lot of guys". He was then advised that he would be charged with the offence of failing to comply with the breathalyzer demand and that he would receive a summons therefor. The appellant then ushered the police officers out of his house and they left.

The appellant's summary conviction appeal to the County Court was dismissed, and so was his

certain renseignements obtenus, l'agent Walden et le caporal Holloway se sont rendus à une résidence située dans les environs où ils ont remarqué une fourgonnette jaune endommagée du côté du passager avant. Ils ont aperçu des traces de peinture bronze sur la partie endommagée du véhicule. Le moteur de la fourgonnette était encore chaud.

Vers 21 h 55, les deux policiers ont frappé à la porte de la résidence et l'appelant leur a ouvert. Ils lui ont demandé s'ils pouvaient entrer et il a acquiescé. Ils lui ont dit qu'ils enquêtaient au sujet d'un délit de fuite survenu entre 21 h 00 et 21 h 30. Ils lui ont également dit qu'il avait le droit de garder le silence ainsi que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les deux policiers ont interrogé l'appelant pendant environ dix minutes, d'abord au sujet de l'accident et ensuite pour déterminer s'il avait bu, à quel moment et à quel endroit. L'appelant a répondu qu'il avait bu un peu dans une auberge et beaucoup après être rentré chez lui. À la suite de cette réponse, l'un des policiers lui a ordonné de le suivre afin de pouvoir prélever des échantillons d'haleine. Voici «l'ordre de fournir des échantillons d'haleine» qui a été lu à l'appelant:

[TRADUCTION] J'ai des motifs raisonnables de croire que vous avez commis au cours des deux heures précédentes une infraction à l'article 234 ou 236 du Code criminel. Je vous ordonne donc de fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons d'haleine nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer votre alcoolémie et de me suivre à cette fin.

Aucune mise en garde prévue par la *Charte* n'a été faite à ce moment. L'appelant a répondu ainsi à l'ordre qui lui était donné: [TRADUCTION] «Je n'y vais pas». On l'a informé qu'il était tenu d'y aller, ce à quoi il a répondu: [TRADUCTION] «Vous êtes mieux de vous y prendre à plusieurs». Il a alors été avisé qu'il serait accusé d'avoir refusé d'obtempérer à l'ordre de fournir des échantillons d'haleine et qu'il recevrait une sommation en conséquence. L'appelant a ensuite conduit les policiers à la porte et ceux-ci sont partis.

La Cour de comté a rejeté l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité de l'appelant et la

further appeal to the Court of Appeal for British Columbia.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait de même.

II—The Issues

II—Les questions en litige

The appellant raises the following issues on appeal:

^a En appel, l'appellant soulève les questions suivantes:

1. Was the appellant detained at any time during the investigation and in particular when the breathalyzer demand was given to him?

^b 1. L'appellant était-il détenu à un moment quelconque de l'enquête et, en particulier, lorsque l'ordre de fournir des échantillons d'haleine lui a été donné?

2. If the appellant was detained, was the advice initially given to the appellant of his right to retain and instruct counsel, in the circumstances of this case, sufficient compliance with s. 10(b) of the *Charter*?

^c 2. Si l'appellant était détenu, la première mise en garde qu'on lui a faite quant à son droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce était-elle suffisante pour être conforme à l'al. 10b) de la *Charte*?

III—The Charter and Legislative Provisions

III—La Charte et les dispositions législatives

The relevant *Charter* provision is as follows:

^d La disposition pertinente de la *Charte* est la suivante:

10. Everyone has the right on arrest or detention

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

^e a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

^f c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

The breathalyzer demand was governed at the time of the alleged offence by s. 235 of the *Criminal Code*:

^g L'ordre de fournir des échantillons d'haleine était régi, à l'époque de l'infraction alléguée, par l'art. 235 du *Code criminel*:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

^h 235. (1) L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indict-

^j (2) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1),

able offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

IV—The Judgments Below

Provincial Court of British Columbia

The trial judge found that the appellant was advised of his rights on detention, conforming to the *Charter* requirement. He was of the opinion that since the *Charter* warning was given during the course of an investigation shortly before the demand, it was not necessary to repeat such a warning after the demand.

County Court of Westminster

The summary conviction appeal judge found that a *Charter* warning was given to the appellant and that it was open to the trial judge to decide that the making of a demand for a breath sample constituted a detention which would give effect to such a warning. In considering the proximity in time between the warning and the demand, he found no error in the trial judge's conclusion that a sufficient warning had been given to the appellant.

Court of Appeal

Wallace J.A.

Wallace J.A. found the appellant's refusal to submit to the demand to be compelling evidence that there was no form of coercion or compulsion normally required to constitute an interference with the liberty or freedom of action. Therefore, there was no detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Referring to the reasons for judgment of Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, he stated that in determining the

est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

IV—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Le juge du procès a conclu que l'appellant avait été informé de ses droits conformément aux exigences de la *Charte* en cas de détention. Il était d'avis que puisque la mise en garde prévue par la *Charte* avait été faite au cours d'une enquête, peu de temps avant l'ordre, il n'était pas nécessaire de réitérer cette mise en garde après l'ordre.

La Cour de comté de Westminster

Le juge qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité a conclu que la mise en garde prévue par la *Charte* avait été faite à l'appellant et qu'il était loisible au juge du procès de décider que l'ordre de fournir un échantillon d'haléine constituait une détention qui donnerait effet à cette mise en garde. Considérant le peu de temps écoulé entre la mise en garde et l'ordre, il a statué que le juge du procès n'avait commis aucune erreur en concluant qu'une mise en garde suffisante avait été faite à l'appellant.

La Cour d'appel

Le juge Wallace

Le juge Wallace a conclu que le refus de l'appellant d'obtempérer à l'ordre constituait une preuve convaincante qu'il n'y avait eu aucune forme de coercition ou de contrainte normalement requise pour qu'il y ait atteinte à la liberté ou à la liberté d'action. Par conséquent, il n'y a pas eu de détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Eu égard aux motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, il a affirmé que pour déter-

meaning to be given to the word “detention”, the bottom line is that there must be some form of compulsion or coercion. Going back to the facts of the case, Wallace J.A. then stated:

In this case, the appellant, upon having the demand read to him, considered himself free to refuse to comply with the demand, free to usher the officers from his home and, one can speculate, free to sit by his fireside and consume more alcohol or phone his lawyer should he see fit to do so.

((1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, at p. 297.)

He admitted that the *Therens* case is authority for the proposition that there is detention within the meaning of s. 10 of the *Charter* when a person, in response to a demand under s. 235(1) (now s. 254(3)) of the *Criminal Code*, submits or acquiesces in the deprivation of his liberty, reasonably believing that he has no choice to do otherwise, even though there has been no application or threat of physical restraint. Wallace J.A. did not, however, consider *Therens* to be authority for the proposition that “detention” exists for the person who, upon receiving a demand under s. 235, does not consider that he or she is under any physical, psychological or moral compulsion to submit to or acquiesce with the demand and who continues to conduct himself or herself in any way he or she considers appropriate without intervention or restraint by the police officers. He added, at p. 301:

It is to be noted that, while the consequence of physical constraint can be assessed objectively, psychological restraint is of a subjective nature and the court can only presume that a person who has complied with the demand has reacted as the average law-abiding citizen would, under a sense of legal or moral compulsion. This presumption is negated where, as in the present case, the person’s conduct clearly indicates he does not consider himself to be subject to any restraint or deprivation of liberty.

Wallace J.A. consequently concluded that the appellant was not detained at any time relevant to this case.

He further held that even if the appellant was detained at the time the breathalyzer demand was made, he was given a sufficient warning under

miner le sens à donner au terme «détention», il est essentiel qu’il y ait une certaine forme de contrainte ou de coercition. Se reportant aux faits de l’espèce, le juge Wallace affirme ensuite:

^a [TRADUCTION] En l’espèce, l’appelant, après qu’on lui eut lu l’ordre, s’est estimé libre de refuser de s’y conformer, libre de mettre les policiers à la porte de son domicile et, il est permis de le penser, libre de s’asseoir près du feu et de boire davantage ou de téléphoner à son avocat s’il le jugeait approprié.

((1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, à la p. 297.)

Il a reconnu que l’arrêt *Therens* permet d’affirmer qu’il y a détention au sens de l’art. 10 de la *Charte* lorsqu’une personne, en réponse à un ordre donné en vertu du par. 235(1) (maintenant le par. 254(3)) du *Code criminel*, se soumet ou acquiesce à la privation de liberté, en croyant raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement, même s’il n’y a pas eu contrainte physique ou menace de contrainte physique. Le juge Wallace n’a cependant pas considéré que l’arrêt *Therens* permet d’affirmer qu’il y a «détention» lorsque la personne visée par un ordre donné en vertu de l’art. 235 estime qu’elle ne fait pas l’objet d’une contrainte physique, psychologique ou morale de se soumettre ou d’acquiescer à l’ordre et qu’elle continue de se comporter comme elle l’entend sans intervention ni contrainte de la part des policiers. Il ajoute, à la p. 301:

^b [TRADUCTION] Il convient de souligner que bien que les conséquences d’une contrainte physique puissent être évaluées objectivement, la contrainte psychologique est de nature subjective et le tribunal ne peut que présumer qu’une personne qui s’est conformée à l’ordre a réagi comme le citoyen moyen respectueux des lois le ferait suite à un sentiment de contrainte juridique ou morale. Cette présomption n’existe plus lorsque, comme en l’espèce, la conduite de la personne indique clairement qu’elle n’estime pas qu’elle fait l’objet d’une contrainte ou d’une privation de liberté.

ⁱ Par conséquent, le juge Wallace a conclu que l’appelant n’a été détenu à aucun moment pertinent en l’espèce.

^j Il a conclu en outre que même si l’appelant était détenu au moment où il a reçu l’ordre de fournir des échantillons d’haleine, il avait reçu une mise en

s. 10(b) of the *Charter*. As a result, the appellant was fully aware, at all relevant times, of his right to obtain and instruct counsel without delay. The mere fact that the warning was given in the course of the investigation, prior to the actual detention, did not defeat the purpose of s. 10(b) in this case.

Taggart J.A. (concurring opinion)

Taggart J.A. agreed with the conclusions of Wallace J.A. and reiterated that the appellant, in refusing to comply with the demand for a breath sample, avoided crossing the threshold of detention. He also held, it seems, that in any event, the warning initially given was sufficient in the circumstances of the case.

Lambert J.A. (dissenting)

Lambert J.A. was of the opinion that the making of a breathalyzer demand under s. 235(1) of the *Criminal Code* in itself gives rise to a detention. Referring to the *Therens* case, he said that Le Dain J. spoke of three forms of compulsion which can give rise to a detention: control by actual constraint; assumption of control by a demand or direction which may have significant legal consequences and which prevents or impedes access to counsel; and psychological control. Lambert J.A. concluded that the detention that comes about as a result of a demand under s. 235(1) is detention in the second category. In this kind of detention, the reaction of the person to the demand is irrelevant. Lambert J.A. concluded that in the present case, the appellant was subject to a detention when the breathalyzer demand was made to him.

Lambert J.A. then applied what he referred to as a purposive approach and found that s. 10 requires that the information with respect to the reason for the detention be linked with the information about the right to retain and instruct counsel under s. 10(b). A review of the evidence led him to conclude that there was no linkage in this case. He said, at p. 292:

garde suffisante en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Par conséquent, l'appelant était parfaitement au courant à toute époque pertinente de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le simple fait que la mise en garde lui ait été faite au cours de l'enquête, avant la détention réelle, n'a pas contrecarré l'objet de l'al. 10b) en l'espèce.

b Le juge Taggart (motifs concordants)

Le juge Taggart s'est dit d'accord avec les conclusions du juge Wallace et a répété que l'appelant, en refusant de se conformer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine, a évité de franchir le seuil de la détention. Il semble avoir également conclu que, quoi qu'il en soit, la mise en garde initiale était suffisante dans les circonstances de l'espèce.

d Le juge Lambert (dissent)

Le juge Lambert était d'avis que l'ordre de fournir des échantillons d'haleine en vertu du par. 235(1) du *Code criminel* donne lieu en soi à une détention. Eu égard à l'arrêt *Therens*, il a dit que le juge Le Dain a parlé de trois formes de contrainte qui peuvent donner lieu à une détention: la contrainte physique, la contrainte au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat, et la contrainte psychologique. Le juge Lambert a conclu que la détention qui résulte d'un ordre donné en vertu du par. 235(1) est une détention de la deuxième catégorie. Dans ce type de détention, la réaction de la personne face à l'ordre n'est pas pertinente. Le juge Lambert a conclu qu'en l'espèce l'appelant a fait l'objet d'une détention lorsque l'ordre de fournir des échantillons d'haleine lui a été donné.

Le juge Lambert a ensuite appliqué ce qu'il a appelé une interprétation fondée sur l'objet visé et il a conclu que l'art. 10 exige que les renseignements concernant les motifs de la détention soient liés aux renseignements donnés quant au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b). Un examen de la preuve l'a amené à conclure qu'il n'y avait aucun lien en l'espèce. Il affirme, à la p. 292:

The information and warnings given to [the appellant] ten minutes before the breathalyzer demand, with respect to a motor vehicle accident investigation, did not inform him about the breathalyzer demand or about the consequences of waiving his right to counsel with respect to a breathalyzer demand, and so did not constitute compliance with s. 10(b) for the purposes of the detention brought about by the breathalyzer demand. The fact that there was only one single investigation does not mean that one Charter warning, given at the outset, was a sufficient compliance with s. 10(b). It is a detention, not an investigation, that gives rise to the s. 10(b) rights.

Lambert J.A. directed the entry of a verdict of acquittal, seemingly relying on *Therens* as regards the exclusion of the evidence under s. 24 of the *Charter*.

V—Analysis

I propose to deal first with the issue of whether, on the facts of this case, the appellant was detained at some point. My answer being in the affirmative, I will then turn to the issue of whether the warning initially given to the appellant was sufficient.

A. *The Issue of Detention*

Both parties have agreed that the appellant was not detained when the police officers attended at his house in the course of their investigation of the hit and run accident. The issue in the present case is whether the appellant was detained as a result of the breathalyzer demand.

The leading case on the meaning of the word “detention” found in s. 10 of the *Charter* is *Therens*. Le Dain J., dissenting in the result, wrote for Dickson C.J. and McIntyre and Lamer JJ. on the issue of whether Mr. Therens had been detained by reason of a breathalyzer demand to which he acquiesced. Deciding that there had indeed been a detention, Le Dain J. stated, at pp. 641-42, what has now become the ultimate reference on the subject:

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest

[TRADUCTION] Les renseignements et mises en garde communiqués à [l'appellant] dix minutes avant l'ordre de fournir des échantillons d'haleine, dans le cadre d'une enquête sur un accident d'automobile, ne l'ont pas renseigné quant à l'ordre de fournir des échantillons d'haleine ni quant aux conséquences de la renonciation à son droit à l'assistance d'un avocat relativement à cet ordre et n'étaient donc pas conformes à l'al. 10b) aux fins de la détention résultant de l'ordre de fournir des échantillons d'haleine. Le fait qu'il n'y ait eu qu'une seule enquête ne signifie pas qu'une mise en garde prévue par la Charte, donnée au début, était suffisante pour être conforme à l'al. 10b). C'est une détention et non une enquête qui donne lieu aux droits de l'al. 10b).

Le juge Lambert a ordonné l'inscription d'un verdict d'acquiescement, invoquant apparemment l'arrêt *Therens* en ce qui concerne l'exclusion d'éléments de preuve en vertu de l'art. 24 de la *Charte*.

d V—L'analyse

Je vais d'abord traiter de la question de savoir si, compte tenu des faits en l'espèce, l'appellant a été détenu à un moment quelconque. Ma réponse étant affirmative, je vais ensuite examiner la question de savoir si la mise en garde initialement donnée à l'appellant était suffisante.

A. *La question de la détention*

Les deux parties ont reconnu que l'appellant n'était pas détenu lorsque les policiers se sont présentés chez lui dans le cadre de leur enquête sur le délit de fuite. La question en l'espèce est de savoir si l'appellant était détenu par suite de l'ordre de fournir des échantillons d'haleine.

L'arrêt de principe sur le sens du terme «détention» à l'art. 10 de la *Charte* est l'arrêt *Therens*. Le juge Le Dain, dissident quant à l'issue du pourvoi, s'est exprimé au nom du juge en chef Dickson et des juges McIntyre et Lamer sur la question de savoir si M. Therens avait été détenu par suite d'un ordre de fournir des échantillons d'haleine auquel il a obtempéré. Concluant qu'il y avait effectivement eu détention, le juge Le Dain a écrit, aux pp. 641 et 642, ce qui constitue maintenant le renvoi par excellence sur la question:

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas

and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

In *Chromiak* this Court held that detention connotes “some form of compulsory constraint”. There can be no doubt that there must be some form of compulsion or coercion to constitute an interference with liberty or freedom of action that amounts to a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The issue, as I see it, is whether that compulsion need be of a physical character, or whether it may also be a compulsion of a psychological or mental nature which inhibits the will as effectively as the application, or threat of application, of physical force. The issue is whether a person who is the subject of a demand or direction by a police officer or other agent of the state may reasonably regard himself or herself as free to refuse to comply.

Speaking more particularly of a *Criminal Code* demand for the taking of a breath sample, he added the following, at p. 643:

A refusal to comply with a s. 235(1) demand without reasonable excuse is, under s. 235(2), a criminal offence. It is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply. The criminal liability for refusal to comply constitutes effective compulsion.

(l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

Dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a conclu que le mot «détention» connote «une certaine forme de contrainte». Il ne fait aucun doute qu'une certaine forme de contrainte ou de coercition doit être exercée pour qu'il y ait atteinte à la liberté ou à la liberté d'action équivalant à une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. À ce qu'il me semble, la question est de savoir si cette contrainte doit être physique ou s'il peut s'agir également d'une contrainte psychologique ou morale qui a pour effet d'inhiber la volonté tout autant que l'usage, ou la menace d'usage, de la force physique. La question est de savoir si la personne qui fait l'objet d'une sommation ou d'un ordre émanant d'un policier ou d'un autre agent de l'État peut raisonnablement s'estimer libre de refuser d'y obtempérer.

S'exprimant plus particulièrement au sujet de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine prévu au *Code criminel*, il ajoute ce qui suit, à la p. 643:

Suivant le par. 235(2), est coupable d'un acte criminel quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1). Il est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue une contrainte réelle.

This Court has applied this same rationale in two other judgments released together with *Therens*, namely: *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655, and *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659. In all three cases, the breathalyzer demand was complied with by the recipient. In the *Therens* case, it was said, at p. 644, that “[d]etention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.” (Emphasis added.) In the present case, the appellant positively refused to accompany the peace officers to the police quarters so that a sample of his breath could be taken.

The majority in the Court of Appeal below made the assumption that under the rule in *Therens*, compliance to the breathalyzer demand is required from the individual to whom it is directed before one can speak of a detention. Wallace J.A. puts it as follows, at p. 298:

In summary, it is my view that the judgment of Le Dain J. in the *Therens* case is authority for the proposition that there is detention within the meaning of s. 10 when a person, in response to a demand under s. 235(1) of the Criminal Code, submits or acquiesces in the deprivation of his liberty, reasonably believing that he has no choice to do otherwise, even though there has been no application or threat of physical restraint. I do not consider *Therens* to be authority for the proposition that “detention” exists for the person who, upon receiving a demand under s. 235, does not consider that he is under any physical, psychological or moral compulsion to submit to or acquiesce with the demand and who continues to conduct himself in any way he considers appropriate without intervention or restraint by the police officers.

This view was later rejected by this Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. In that case, the accused was directed a formal “A.L.E.R.T.” demand requiring that he provide a sample of his breath for the roadside screening device. The accused refused and was given an appearance notice for the offence of failing to comply with such a demand. Le Dain J., writing for a unanimous Court, ventured to restate as follows, at

Notre Cour a appliqué ce même raisonnement dans deux autres arrêts, savoir *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655, et *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659, rendus en même temps que l’arrêt *Therens*. Dans les trois affaires, la personne qui avait reçu l’ordre de fournir des échantillons d’haleine avait obtempéré à cet ordre. Dans l’arrêt *Therens*, à la p. 644, on dit qu’«[i] peut y avoir détention sans qu’il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement». (Je souligne.) En l’espèce, l’appelant a refusé catégoriquement de suivre les agents de la paix au poste de police pour qu’un échantillon de son haleine soit prélevé.

En Cour d’appel, les juges à la majorité ont compris qu’en vertu de la règle de l’arrêt *Therens* l’individu doit se conformer à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine avant qu’on puisse dire qu’il y a détention. Le juge Wallace l’explique ainsi, à la p. 298:

[TRADUCTION] En résumé, j’estime que les motifs du juge Le Dain dans l’arrêt *Therens* permettent d’affirmer qu’il y a détention au sens de l’art. 10 lorsqu’une personne, en réponse à un ordre donné en vertu du par. 235(1) du Code criminel, se soumet ou acquiesce à la privation de sa liberté, en croyant raisonnablement qu’elle n’a pas le choix d’agir autrement, même s’il n’y a pas eu contrainte physique ou menace de contrainte physique. J’estime que l’arrêt *Therens* ne permet pas d’affirmer qu’il y a «détention» lorsque la personne visée par un ordre donné en vertu de l’art. 235 estime qu’elle ne fait pas l’objet d’une contrainte physique, psychologique ou morale de se soumettre ou d’acquiescer à l’ordre et qu’elle continue de se comporter comme elle l’entend sans intervention ni contrainte de la part des policiers.

Notre Cour a ultérieurement rejeté cette opinion dans l’arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Dans cette affaire, on avait formellement demandé à l’accusé de se soumettre à un alcooltest «A.L.E.R.T.», c’est-à-dire qu’il fournisse un échantillon de son haleine pour fin d’alcooltest. L’accusé a refusé et on lui a remis un avis de comparution pour avoir refusé d’obtempérer à cet ordre. Le juge Le Dain, s’exprimant au nom de la Cour à l’unani-

p. 649, what he considered to be the essentials of his reasons in *Therens*:

1. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

2. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

3. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply.

4. Section 10 of the *Charter* applies to a great variety of detentions of varying duration and is not confined to those of such duration as to make the effective use of *habeas corpus* possible.

Le Dain J. then stated that the *Criminal Code* demand directed by the peace officer to the accused to accompany him to his car and to provide a sample of breath constituted detention for the purposes of s. 10 of the *Charter*, even if the demand was not complied with, that is, even if the accused felt free to refuse to give the sample. Le Dain J. concluded, at p. 650:

Thus the appellant had the right, upon being detained by the s. 234.1(1) demand and before responding to that demand, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, and there was an infringement of it, unless the right is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. [Emphasis added.]

It is the fact that criminal liability may result from a refusal which constitutes the necessary element of compulsion or coercion required for a finding of detention. The detention is not and cannot be

mité, s'est permis de réitérer comme suit, à la p. 649, ce qu'il percevait comme les éléments essentiels de ses motifs dans l'arrêt *Therens*:

1. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

2. Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

3. L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la conviction raisonnable qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non.

4. L'article 10 de la *Charte* s'applique à une multiplicité de détentions de diverses durées et n'est pas limité à celles d'une durée qui permet un recours efficace par voie d'*habeas corpus*.

Le juge Le Dain a ensuite affirmé que l'ordre, prévu au *Code criminel*, que l'agent de la paix avait donné à l'accusé de le suivre jusqu'à son véhicule et de fournir un échantillon d'haleine constituait une détention aux fins de l'art. 10 de la *Charte*, même si on ne s'y était pas conformé, c'est-à-dire même si l'accusé s'était estimé libre de refuser de fournir un échantillon. Le juge Le Dain conclut, à la p. 650:

L'appelant avait donc le droit lorsqu'il était détenu en vertu d'une sommation faite aux termes du par. 234.1(1) et avant d'obtempérer à cette sommation, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, et il y a eu violation de ce droit, à moins que celui-ci ne soit restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. [Je souligne.]

C'est la possibilité d'une responsabilité criminelle résultant d'un refus qui constitue l'élément nécessaire de contrainte ou de coercition requis pour conclure à l'existence d'une détention. La déten-

dependent upon compliance by the recipient of the demand. The contrary view, with respect, would create the impossible concept of a wilful detention, that is, a detention arising not from the state action but from the subjective will of the recipient who would put himself into a state of detention by “choosing” to comply with the demand. As Lambert J.A. pointed out in the Court of Appeal below, the Kafkaesque result would be that a person complying with the demand is entitled to a warning that he or she may retain counsel so as to be advised that he or she has acted lawfully, whereas a person ignorant of the consequences who refuses to comply has no right to be told that he or she can retain counsel, so to be advised that he or she had violated the law and is likely to be prosecuted. Such a result cannot stand.

It was urged before this Court that, under the rule in *Therens*, the control of the state over the movement of a person through a demand to which significant legal consequences are attached must have the actual effect of preventing or impeding access to counsel in order to amount to a detention under s. 10 of the *Charter*. The relevant passage of *Therens* was restated as follows in *Thomsen*, at p. 649:

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. [Emphasis added.]

At first glance, it may seem difficult to admit in this case that the state assumed control over the movement of the appellant so as to prevent him from instructing counsel. In *Thomsen*, the detainee was faced with the demand on the roadside and was forced into making a decision as to whether or not he should blow in the screening device, with no material possibility to have access to counsel. In the present case, the respondent argued, the appellant had access to his own telephone and was free to use it at all times.

tion ne dépend pas ni ne peut dépendre de l'acceptation de se conformer à l'ordre. En toute déférence, la position inverse implique la notion contradictoire de détention volontaire, c'est-à-dire une détention résultant non pas de l'action de l'État mais de la volonté subjective de la personne visée par l'ordre qui se placerait elle-même dans un état de détention en «choisissant» de se conformer à cet ordre. Comme le juge Lambert l'a souligné en Cour d'appel, le résultat kafkaïen serait que la personne qui se conforme à l'ordre aurait droit d'être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui lui dirait qu'elle a agi légalement, alors que la personne qui refuse de se conformer à l'ordre et qui en ignore les conséquences n'aurait pas le droit d'être informée de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat qui lui dirait qu'elle a violé la loi et qu'elle risque d'être poursuivie. Un tel résultat est inacceptable.

On a soutenu devant notre Cour qu'en vertu de la règle de l'arrêt *Therens* la restriction par l'État de la liberté d'action d'une personne au moyen d'un ordre qui comporte des conséquences sérieuses sur le plan juridique doit véritablement avoir pour effet d'empêcher l'accès à l'avocat pour constituer une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Le passage pertinent de l'arrêt *Therens* est repris dans l'arrêt *Thomsen*, à la p. 649:

Outre, le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. [Je souligne.]

À première vue, il peut sembler difficile d'admettre en l'espèce que l'État a restreint la liberté d'action de l'appellant de façon à l'empêcher de communiquer avec un avocat. Dans l'arrêt *Thomsen*, le détenu, sommé de fournir un échantillon d'haleine au bord de la route, était obligé de décider s'il devait se soumettre à l'alcootest sans possibilité réelle d'avoir accès à un avocat. En l'espèce, l'intimée a soutenu que l'appellant avait accès à son propre téléphone et qu'il était libre de l'utiliser en tout temps.

It might be true that the appellant was at no time physically prevented from using his telephone, but this is clearly beside the point. Physical constraint bears no relation with the kind of detention arising from criminal liability for refusal to comply with a demand. What this kind of detention involves is the psychological or moral constraint resulting from the demand. In *Therens* and *Thomsen*, Le Dain J. held that criminal liability for refusal to comply constitutes the effective compulsion or coercion required for a finding of detention. The requirement that access to counsel must be prevented or impeded is also fulfilled by virtue of that fact of criminal liability. The breathalyzer demand automatically and instantly puts the person to whom it is directed into a unique situation of legal jeopardy in which he or she is required to provide forthwith an answer which in itself might be a criminal offence. In this context, the right to be informed of the right to counsel takes on a particular meaning and I think that a purposive approach to s. 10 of the *Charter* requires that the recipient of the demand be aware of his right to counsel.

There was another argument relating to *Therens* in the court below which was later settled in *Thomsen*. According to Wallace J.A., Estey J., with whom Beetz, Chouinard and Wilson JJ. concurred in *Therens*, did not agree with Le Dain J. that the mere giving of the demand constituted detention in that case. Again, this assumption has become pointless after *Thomsen*, in which a *coram* of seven (of which Beetz, Estey, Wilson and Le Dain JJ. were part) decided that the giving of the demand constituted detention, regardless of the response thereto.

I conclude, therefore, that the appellant was detained as a result of the breathalyzer demand made upon him. I now turn to the issue of whether the appellant was properly advised of his right to counsel.

Il est peut-être vrai que l'appelant n'a jamais été empêché physiquement d'utiliser son téléphone, mais cela n'a évidemment aucun rapport avec la question en litige. La contrainte physique ne comporte aucun rapport avec le genre de détention qui résulte de la responsabilité criminelle découlant du refus de se conformer à un ordre. Ce que ce genre de détention comporte, c'est la contrainte psychologique ou morale résultant de l'ordre. Dans les arrêts *Therens* et *Thomsen*, le juge Le Dain a conclu que la responsabilité criminelle découlant du refus d'obtempérer constitue la véritable contrainte ou coercition requise pour conclure à la détention. L'exigence que l'accès à un avocat soit empêché est également satisfaite en raison de cette responsabilité criminelle. L'ordre de fournir un échantillon d'haleine place automatiquement et instantanément la personne qui le reçoit dans une situation unique de risque sur le plan juridique où celle-ci est obligée de donner immédiatement une réponse qui pourrait en soi constituer une infraction criminelle. Dans ce contexte, le droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat revêt une signification particulière et je pense qu'une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 10 de la *Charte* exige que la personne qui reçoit l'ordre soit au courant de son droit à l'assistance d'un avocat.

La Cour d'appel a été saisie d'un autre argument relatif à l'arrêt *Therens*, qui a été tranché par la suite dans l'arrêt *Thomsen*. Selon le juge Wallace, le juge Estey, aux motifs duquel ont souscrit les juges Beetz, Chouinard et Wilson dans l'arrêt *Therens*, ne partageait pas l'opinion du juge Le Dain que le simple fait de donner un ordre constituait une détention dans cette affaire. Cette question a perdu tout intérêt suite à l'arrêt *Thomsen* puisqu'une formation de sept juges (dont faisaient partie les juges Beetz, Estey, Wilson et Le Dain) y a décidé que le fait de donner l'ordre constituait une détention sans égard à la réponse donnée.

Je conclus donc que l'appelant était détenu par suite de l'ordre qu'il avait reçu de fournir des échantillons d'haleine. J'examine maintenant la question de savoir si l'appelant a convenablement été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat.

B. Sufficiency of the Charter Warning

The appellant was informed of his right to retain and instruct counsel when the police officers arrived at his home in the course of their investigation of the hit and run accident. After a few questions pertaining to the accident and the amount of alcohol the appellant had consumed, the breathalyzer demand was read. Ten minutes had elapsed between the warning and the reading of the demand. This Court must decide whether this *Charter* advice was adequate and effective with respect to the later detention. Such a determination is dependent on the circumstances of each case.

The appellant contends that the warning he was given at the outset of the questioning was not sufficient under s. 10 because he was not in any legal jeopardy or detention at that moment. He argues that in order to comply with s. 10, the warning should have been given at the moment when detention commenced because that is when he became aware of his legal jeopardy, and could appreciate the significance of deciding whether he should exercise his right. The appellant adopts in this regard the reasoning of Lambert J.A., dissenting in the Court of Appeal below.

In the opinion of Lambert J.A., the warning must be associated with and linked to the specific detention in order to make the right to counsel meaningful. In his view, the warning initially given to the appellant at the beginning of the investigation was not sufficient for the purposes of the later detention because in the meantime, the legal consequences of the options open to him changed. In his opinion, there should have been a second advice accompanying the breathalyzer demand, the first warning not being linked with the detention.

Lambert J.A. referred in his reasons to *R. v. Brown* (1986), 28 C.R.R. 170, in which the British Columbia Supreme Court held that supplementary advice was required because of a change in the purpose of the investigation during the detention. In that case, the inquiry regarding the aggravated

B. Le caractère suffisant de la mise en garde prévue à la Charte

L'appellant a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat lorsque les policiers sont arrivés à son domicile au cours de leur enquête concernant le délit de fuite. Après avoir posé à l'appellant quelques questions relatives à l'accident et à la quantité d'alcool qu'il avait consommée, on lui a l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. Dix minutes se sont écoulées entre la mise en garde et la lecture de l'ordre. Notre Cour doit décider si cette mise en garde prévue par la *Charte* était suffisante et efficace relativement à la détention ultérieure. Une telle décision dépend des circonstances de chaque cas.

L'appellant prétend que la mise en garde faite au début de l'interrogatoire n'était pas suffisante en vertu de l'art. 10 parce qu'il ne courait aucun risque sur le plan juridique et n'était pas détenu à ce moment-là. Il soutient que pour être conforme à l'art. 10, la mise en garde aurait dû être faite au moment où la détention a commencé parce que c'est à ce moment qu'il a pris conscience du risque qu'il courait sur le plan juridique et qu'il a pu apprécier l'importance de la décision d'exercer ou non son droit. L'appellant retient à cet égard le raisonnement du juge Lambert, dissident en Cour d'appel.

Selon le juge Lambert, la mise en garde doit être associée et liée à la détention spécifique pour que le droit à l'assistance d'un avocat ait tout son sens. À son avis, la mise en garde initialement faite à l'appellant au début de l'enquête n'était pas suffisante aux fins de la détention ultérieure parce que, dans l'intervalle, les conséquences juridiques des choix qui s'offraient à lui avaient changé. À son avis, une deuxième mise en garde aurait dû accompagner l'ordre de soumettre des échantillons d'haleine, la première n'étant pas liée à la détention.

Dans ses motifs, le juge Lambert a mentionné l'arrêt *R. v. Brown* (1986), 28 C.R.R. 170, dans lequel la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'une mise en garde supplémentaire était nécessaire en raison d'un changement dans l'objet de l'enquête au cours de la détention. Dans

assault with which the accused had been charged changed into an inquiry regarding a murder. The Court held that a new detention occurred when the accused was interviewed in respect of the murder charge and that there should have been a second *Charter* warning at that moment.

This Court likewise found in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, that a new right to counsel arises when the extent of the legal jeopardy changes significantly. In *Black*, the accused was arrested for attempted murder following the stabbing of a neighbour. Upon her arrival at the police station, she was informed of her right to counsel and was given the opportunity to contact her lawyer, which she did. Two hours later, she was informed that the victim had died and that she would be charged with first degree murder. The officers gave her a second warning and opportunity to use the phone but she was unable to contact her lawyer in the middle of the night. The police officers continued the questioning and an incriminating statement followed. This Court decided that the second warning and opportunity was indeed necessary and that continuing the questioning was violative of the rule laid down in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. Wilson J. found that the right to retain and instruct counsel and to be informed thereof must be related to the right to be informed of the reasons for the arrest or detention. Writing for the Court, Wilson J. stated, at pp. 152-53:

Moreover, s. 10(b) should not be read in isolation. Its ambit must be considered in light of s. 10(a). Section 10(a) requires the police to advise an individual who is arrested or detained of the reasons for such arrest or detention. The rights accruing to a person under s. 10(b) arise because he or she has been arrested or detained for a particular reason. An individual can only exercise his s. 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy. [Emphasis added.]

cette affaire, l'enquête relative à l'accusation de voies de fait graves portée contre l'accusé était devenue une enquête relative à un meurtre. La cour a conclu qu'une nouvelle situation de détention s'est présentée lorsque l'accusé était interrogé relativement à l'accusation de meurtre et qu'une deuxième mise en garde conforme à la *Charte* aurait dû être donnée à ce moment-là.

b

De même, dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, notre Cour a conclu qu'un nouveau droit à l'assistance d'un avocat prend naissance lorsque l'ampleur du risque couru sur le plan juridique change considérablement. Dans l'arrêt *Black*, l'accusée a été arrêtée pour tentative de meurtre à la suite d'une agression à coups de couteau sur une voisine. À son arrivée au poste de police, elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat et a eu la possibilité de communiquer avec lui, ce qu'elle a fait. Deux heures plus tard, l'accusée a été informée du décès de la victime et avisée qu'elle serait accusée de meurtre au premier degré. Les policiers lui ont fait une deuxième mise en garde et lui ont permis d'utiliser le téléphone mais elle a été incapable de rejoindre son avocat au milieu de la nuit. Les policiers ont continué à l'interroger et elle a fait une déclaration incriminante. La Cour a décidé que la deuxième mise en garde ainsi que la possibilité de communiquer avec l'avocat étaient vraiment nécessaires et que la poursuite de l'interrogatoire violait la règle établie dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. Le juge Wilson a conclu que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et celui d'être informé de ce droit doivent être reliés au droit d'être informé des motifs de l'arrestation ou de la détention. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour, affirme, aux pp. 152 et 153:

De plus, il ne faut pas interpréter l'al. 10(b) de façon isolée. Sa portée doit être examinée à la lumière de l'al. 10(a). L'alinéa 10(a) oblige les policiers à aviser une personne arrêtée ou détenue des motifs de cette arrestation ou de cette détention. Les droits que l'al. 10(b) confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l'al. 10(b) que si elle connaît l'ampleur du risque qu'elle court. [Je souligne.]

It follows that there must be a close factual connection or linkage relating the warning to the detention and the reasons therefor. Quite obviously, a *Charter* warning cannot amount to sufficient compliance no matter when and in what circumstances it is read. It must satisfy the purpose of s. 10, that is, the detainee must be made aware of the right to counsel and be permitted to retain and instruct counsel without delay with respect to his detention and the reasons therefor.

In this respect, the fact that the advice is given before detention is not determinative. As Wallace J.A. pointed out in the Court of Appeal below, while s. 10(b) does not require the state to inform a person under mere investigation of his or her right to retain and instruct counsel before he or she is detained or arrested, there is nothing that prohibits, as a general rule, the investigating officers from giving such a warning when investigation begins or during its course. It cannot be that a warning falls short of being sufficient compliance with s. 10(b) of the *Charter* for the sole reason that it is given before the exact moment in time when detention commences. The concept of detention has evolved since the *Charter* came into force and it is not always easy to determine in given circumstances whether and when it legally occurs. From the mere investigation to which a person wilfully collaborates to the custodial arrest of that person, there is a wide spectrum encompassing the varying degrees of legal jeopardies in which the state can put individuals; in some cases, the precise moment when detention arises is by no means easy to ascertain. Keeping that in mind, it is understandable that police officers sometimes lean towards greater caution to make sure that a person is aware of his or her rights at any relevant time and give the warning when investigation commences or during its course. Finding a *Charter* violation upon the sole fact that the warning was read before detention arose would be demonstrative of a legalistic and technical approach having little regard to the purpose of s. 10(b), as reflected by its very wording. It provides in its English version that “[e]veryone has the right on arrest or detention” (emphasis added) to retain and instruct counsel without delay and to be informed thereof.

Il s'ensuit qu'il doit y avoir un rapport ou lien factuel étroit entre la mise en garde et la détention et les motifs de celle-ci. Il est bien évident qu'une mise en garde prévue par la *Charte* ne saurait être considérée comme suffisante sans égard au moment et aux circonstances où elle est lue. La mise en garde doit répondre à l'objet de l'art. 10, c'est-à-dire que le détenu doit être informé de son droit à l'assistance d'un avocat et autorisé à avoir recours à ses services sans délai relativement à sa détention et aux motifs de celle-ci.

À cet égard, le fait que la mise en garde soit donnée avant la détention n'est pas déterminant. Comme le juge Wallace l'a souligné en Cour d'appel, bien que l'al. 10b) n'exige pas que l'État informe une personne qui fait simplement l'objet d'une enquête de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant qu'elle soit détenue ou arrêtée, en règle générale, rien n'empêche les policiers enquêteurs de faire cette mise en garde au début de l'enquête ou au cours de celle-ci. On ne peut affirmer qu'une mise en garde n'est pas conforme à l'al. 10b) de la *Charte* pour la seule raison qu'elle est donnée avant le moment précis où la détention commence. La notion de détention a évolué depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* et il n'est pas toujours facile de déterminer dans des circonstances données si, sur le plan juridique, il y a détention et à quel moment elle se produit. Entre la simple enquête à laquelle une personne collabore volontairement et l'arrestation et la détention sous garde de cette personne, il existe un vaste éventail de situations comportant tous les degrés possibles de risque sur le plan juridique dans lesquelles l'État peut placer les individus; dans certains cas, il est loin d'être facile de déterminer le moment précis du début de la détention. Ayant cela à l'esprit, il est compréhensible que les policiers aient parfois tendance à exercer plus de prudence afin d'assurer que la personne soit avisée de ses droits en tout temps utile et qu'ils fassent la mise en garde au début de l'enquête ou au cours de celle-ci. Conclure à une violation de la *Charte* à partir du seul fait que la mise en garde a été lue avant la détention serait recourir à une interprétation legaliste et formaliste tenant peu compte de l'objet de l'al. 10b), qui ressort de son libellé. Il prévoit dans la version anglaise que «[e]veryone has the right on

The French version reads: “[c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention” (emphasis added). If one reads the two versions together it becomes clear that s. 10(b) refers to a factual connection between the detention and the right to a warning rather than a mere coincidence in time. It is true that the temporal aspect becomes vital at one point because the warning must be given “without delay”: see *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140. If the warning is given before detention, however, the only requirement is a close factual connection relating the warning to the detention and the reasons therefor. The existence of the required link will depend on the facts of each case.

In this case, by serving both the police and the *Charter* warnings on the appellant at the outset of the short interview, the police officers alerted him that he was suspected and was being investigated in relation to a serious offence. These warnings made him aware that all he would say could incriminate him and that he had the right to remain silent and to instruct counsel on every aspect of the interview that followed. The situation that arose with the breathalyzer demand was directly connected to the investigation. Indeed, the demand generated the type of situation where the appellant might be expected to take advantage of the warning given to him a few minutes earlier. The demand itself, together with the fact that he was also advised of the criminal consequences of a refusal, would normally trigger the consideration of the appellant of whether or not to instruct counsel. The appellant never mentioned that he wished to contact a lawyer.

The situation, then, was not one where another more serious offence was suddenly being investigated because of changed circumstances external to the encounter and destructive of the close factual linkage relating the prior advice to the detention. In this case, the demand arose directly and immediately out of the inquiry; it was part of a

arrest or detention» (je souligne) d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit. La version française prévoit: «[c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention» (je souligne). Si on lit les deux versions ensemble, il devient clair que l’al. 10b) parle d’un rapport factuel entre la détention et le droit à la mise en garde plutôt que d’une simple coïncidence dans le temps. Il est vrai que l’aspect temporel devient contraignant à un certain moment parce que la mise en garde doit être faite «sans délai»: voir l’arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140. Si la mise en garde est cependant faite avant la détention, la seule exigence est l’existence d’un rapport factuel étroit entre la mise en garde et la détention. L’existence du lien requis dépendra des faits de chaque affaire.

^d En l’espèce, en faisant à l’appelant au début du bref interrogatoire tant la mise en garde policière que celle prévue par la *Charte*, les policiers lui ont fait prendre conscience qu’il était soupçonné et qu’il faisait l’objet d’une enquête concernant une infraction grave. Ces mises en garde lui ont fait comprendre que tout ce qu’il dirait pourrait être retenu contre lui et qu’il avait le droit de garder le silence et de recourir à l’assistance d’un avocat pour tous les aspects de l’interrogatoire qui a suivi. La situation qui a résulté de l’ordre de fournir des échantillons d’haleine était directement reliée à l’enquête. De fait, l’ordre a engendré le genre de situation où l’on pourrait s’attendre à ce que l’appelant profite de la mise en garde qui lui a été faite quelques minutes auparavant. L’ordre en soi, conjugué au fait que l’appelant a également été avisé des conséquences criminelles d’un refus, inciterait normalement l’appelant à se demander s’il doit avoir recours aux services d’un avocat. L’appelant n’a jamais mentionné qu’il désirait communiquer avec un avocat.

ⁱ Il ne s’agit donc pas d’une situation où une autre infraction plus grave a fait tout à coup l’objet d’une enquête en raison d’un changement de circonstances qui n’a rien à voir avec la rencontre et qui a rompu le rapport factuel étroit entre la mise en garde antérieure et la détention. En l’espèce, l’ordre découlait directement de l’enquête; il faisait

single incident at which the appellant was fully made aware of his rights.

Given the circumstances of the case, I would therefore conclude that the warning served on the appellant amounted to sufficient compliance with s. 10(b) of the *Charter*.

VI—Disposition

In the result, I would dismiss the present appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Gonthier. While I agree with his reasons as regards the issue of detention and with his disposition of this appeal, I must, with respect, disagree as regards the police's compliance with the mandatory provisions of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In my view, the warning given to Schmautz by the investigating officers prior to his detention did not meet the requirements set out in s. 10 of the *Charter* which states:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; [Emphasis added.]

This Court has repeatedly held that a purposive approach must be taken in interpreting the scope of the right to counsel. In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, Le Dain J. summarized the purpose of s. 10 of the *Charter* as follows (at p. 641):

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations where the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel.

partie d'un seul événement au cours duquel l'appellant a été pleinement informé de ses droits.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, je suis donc d'avis de conclure que la mise en garde faite à l'appellant était suffisante pour être conforme à l'al. 10b) de la *Charte*.

VI—Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Gonthier. Bien que je souscrive à ses motifs relativement à la question de la détention et à la manière dont il a statué sur le présent pourvoi, en toute déférence, je dois exprimer mon désaccord en ce qui concerne le respect par la police des dispositions impératives de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À mon avis, la mise en garde faite à Schmautz par les policiers enquêteurs avant sa détention n'était pas conforme aux exigences de l'art. 10 de la *Charte* qui prévoit:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; [Je souligne.]

Notre Cour a conclu à maintes reprises qu'il fallait se fonder sur l'objet visé pour interpréter la portée du droit à l'assistance d'un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain résume ainsi l'objet de l'art. 10 de la *Charte* (à la p. 641):

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

The right to be informed of one's right to counsel is inextricably linked to situations when the individual's liberty is restricted by way of arrest or detention for an offence. Thus, the person must be made aware of his or her right to counsel at the moment where he or she is arrested or detained and has been told what for. I am therefore of the view that the very words "on arrest or detention" (emphasis added) are to be construed as imposing upon the police the obligation to give a *Charter* warning once the person has been told that he or she is under arrest or detained (in the present case, once a demand has been made for a breathalyzer test) and the reasons therefor. Indeed, the decision to call a lawyer will often be dependent upon arrest or detention and upon the reasons given for these restrictions to the individual's liberty. The advice to be sought and given can only take place in a useful way once this information has been given. In any event, the words of s. 10 of the *Charter* are clear in this regard.

The right of access to counsel and knowledge of that right has been given protection by the *Charter* for the specific purpose of informing a person of his or her rights and obligations as regards arrest or detention and how these rights and obligations should be exercised or fulfilled in the light of the reasons given for arrest or detention. That is the very purpose of s. 10(b) of our *Charter*.

In the present case, had the appellant exercised his right and called counsel before the actual detention, he would probably not have sought nor received adequate advice in respect of the breathalyzer demand. It is at the moment where he became detained that the appellant needed to be aware of the reasons for his detention and of his right to retain and instruct counsel. In this regard, I share the views expressed in dissent by Lambert J.A. in the following terms:

Section 10 of the *Charter* says that rights arise "on" arrest or detention. The word "on" indicates a close connection in time. But even more importantly, it indicates relationship and linkage between, first, the arrest

Le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat est inextricablement lié aux situations où la liberté d'une personne est restreinte par voie d'arrestation ou de détention relativement à une infraction. Ainsi, la personne doit être avisée de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'elle est arrêtée ou détenue et qu'on lui a expliqué pourquoi. Par conséquent, je suis d'avis que les termes «en cas d'arrestation ou de détention» (je souligne) doivent être interprétés de manière à imposer à la police l'obligation de donner une mise en garde prévue par la *Charte* dès que la personne a été avisée qu'elle est en état d'arrestation ou qu'elle est détenue (en l'espèce, dès qu'on lui a donné l'ordre de fournir des échantillons d'haleine) et qu'on lui a expliqué pourquoi. En fait, la décision d'appeler un avocat dépendra souvent de l'arrestation ou de la détention et des motifs donnés pour justifier ces restrictions à la liberté d'une personne. Un conseil ne peut être demandé et donné d'une manière utile que lorsque ces renseignements ont été donnés. De toute façon, les termes de l'art. 10 de la *Charte* sont clairs à cet égard.

Le recours à l'assistance d'un avocat et la connaissance de ce droit sont protégés par la *Charte* afin précisément que l'on soit informé de ses droits et obligations en matière d'arrestation ou de détention et de la manière dont ces droits devraient être exercés ou ces obligations remplies compte tenu des motifs donnés pour expliquer l'arrestation ou la détention. C'est l'objet même de l'al. 10b) de notre *Charte*.

En l'espèce, si l'appelant avait exercé son droit et appelé un avocat avant d'être en détention réelle, il n'aurait probablement pas demandé ni reçu de conseils adéquats en ce qui a trait à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. C'est au moment où il est devenu détenu que l'appelant devait être au courant des motifs de sa détention et de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. À cet égard, je partage l'opinion exprimée en dissidence par le juge Lambert:

[TRADUCTION] L'article 10 de la *Charte* prévoit que les droits prennent naissance «en cas» d'arrestation ou de détention. L'expression «en cas» indique un lien temporel étroit. Mais qui plus est, il indique un rapport et un lien

or detention, second, the s. 10(a) right to be informed of the reason for the arrest or detention, and third, the s. 10(b) right to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay.

The arrested or detained person must know the reason for his arrest or detention when he evaluates the necessity to avail himself of his right to retain and instruct counsel. And he must be in a position to give all the relevant information about his arrest or detention, and the reason for it, to his counsel, so that his counsel may give him relevant and accurate advice.

((1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, at p. 287.)

This position was also asserted by this Court in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 152-53, where Wilson J., for the Court, stated:

Moreover, s. 10(b) should not be read in isolation. Its ambit must be considered in light of s. 10(a). Section 10(a) requires the police to advise an individual who is arrested or detained of the reasons for such arrest or detention. The rights accruing to a person under s. 10(b) arise because he or she has been arrested or detained for a particular reason. An individual can only exercise his 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy. [Emphasis added.]

In the light of the aforementioned dicta and considering the purpose of the right to counsel and the necessary link between the rights protected at paras. (a) and (b) of s. 10 of the *Charter*, I conclude that the *Charter* warning given to the appellant prior to the breathalyzer demand did not constitute compliance with s. 10(b). It is the fact of the appellant's detention brought about by the breathalyzer demand that triggered the right to retain and instruct counsel and to be informed of that right, i.e. the right to instruct counsel about the arrest or detention and the reasons therefor. Thus, I conclude that s. 10(b) requires that the investigating officers inform the individual of his right to counsel once he has been told of his arrest or detention and on what charge or reason.

entre, premièrement, l'arrestation ou la détention, deuxièmement, le droit prévu à l'al. 10a) d'être informé des motifs de son arrestation ou de sa détention, et troisièmement, le droit prévu à l'al. 10b) d'être informé du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

La personne arrêtée ou détenue doit connaître les motifs de son arrestation ou de sa détention lorsqu'elle évalue la nécessité de se prévaloir de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, elle doit être en mesure de donner à son avocat tous les renseignements pertinents sur son arrestation ou sa détention et les motifs de cette arrestation ou détention, de sorte que l'avocat puisse lui donner des conseils pertinents et précis.

((1988), 24 B.C.L.R. (2d) 273, à la p. 287.)

Cette position a également été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 152 et 153, où le juge Wilson affirme, au nom de la Cour:

De plus, il ne faut pas interpréter l'al. 10b) de façon isolée. Sa portée doit être examinée à la lumière de l'al. 10a). L'alinéa 10a) oblige les policiers à aviser une personne arrêtée ou détenue des motifs de cette arrestation ou de cette détention. Les droits que l'al. 10b) confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l'al. 10b) que si elle connaît l'ampleur du risque qu'elle court. [Je souligne.]

Compte tenu des opinions susmentionnées ainsi que de l'objet du droit à l'assistance d'un avocat et du lien nécessaire entre les droits protégés aux al. a) et b) de l'art. 10 de la *Charte*, je conclus que la mise en garde prévue par la *Charte* qui a été faite à l'appelant avant de lui donner l'ordre de fournir un échantillon d'haleine n'était pas conforme à l'al. 10b). C'est la détention de l'appelant résultant de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine qui a fait intervenir le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, c'est-à-dire le droit de consulter un avocat au sujet de l'arrestation ou de la détention et des motifs de cette arrestation ou détention. Je conclus ainsi que l'al. 10b) exige que les policiers enquêteurs informent la personne de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'ils l'ont avisée de son arrestation ou de sa détention et des motifs de cette arrestation ou de sa détention.

Moreover, and with the greatest of respect for my colleague Gonthier J.'s opinion, I am of the view that the "close factual connection" with detention which he develops as a criterion detracts from a purposive interpretation of s. 10, though I am of the view that it should come into consideration under s. 24(2) of the *Charter*. The particular facts of this appeal should not serve as basis for a general interpretation of s. 10 by which a mere factual link with detention is required. Indeed there may well be cases set in different factual contexts where the finding of a "factual connection" between the detention and the right to be informed of the right to counsel will not afford adequate protection of the individual's rights pursuant to s. 10.

First, there could arise situations where, contrary to the facts at hand, the time elapsed between the *Charter* warning and the detention of the individual is much longer. In these cases, the requirement of a factual connection would prove fatal to the person who may have forgotten that he could exercise the right which he was given perhaps one hour or two hours before he was detained.

Second, there could arise situations where the factual connection with detention would be far more tenuous than in the present case. In this regard, we may consider the following example: investigating officers, having questioned a person about a hit and run offence and having informed this person of his or her right to counsel, eventually detain this person in relation to a manslaughter charge, upon finding out that the victim of the accident has since deceased. In these circumstances, although a factual connection may be found between both offences, it is clear that the right to counsel could not be properly exercised if the person was not made aware of his right at the moment when he is detained for manslaughter.

Finally, there could arise situations where the person, upon being informed of his right to counsel prior to detention, decides to exercise the right immediately, ignoring the reasons for his arrest or

En outre, et en toute déférence pour l'opinion de mon collègue le juge Gonthier, je suis d'avis que le «rapport factuel étroit» avec la détention qu'il donne comme critère s'éloigne de l'interprétation fondée sur l'objet de l'art. 10, quoique je sois d'avis qu'il devrait être pris en compte en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les faits particuliers du présent pourvoi ne devraient pas servir à justifier une interprétation générale de l'art. 10 en vertu de laquelle un simple lien factuel avec la détention est nécessaire. En fait, il peut bien y avoir des cas situés dans des contextes factuels différents où la conclusion à l'existence d'un «rapport factuel» entre la détention et le droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat n'accordera pas une protection adéquate aux droits que l'art. 10 confère aux particuliers.

Premièrement, il pourrait y avoir des situations dans lesquelles, contrairement aux faits de l'espèce, le délai écoulé entre la mise en garde prévue par la *Charte* et la détention d'un particulier est beaucoup plus long. Dans ces cas, l'exigence d'un rapport factuel se révélerait fatale pour la personne qui peut avoir oublié qu'elle pouvait exercer le droit dont on l'a avisée peut-être une heure ou deux avant sa détention.

Deuxièmement, il pourrait y avoir des situations dans lesquelles le rapport factuel avec la détention serait beaucoup plus ténu qu'en l'espèce. À cet égard, nous pouvons examiner l'exemple suivant: après avoir interrogé une personne au sujet d'un délit de fuite et l'avoir informée de son droit à l'assistance d'un avocat, des agents enquêteurs détiennent finalement cette personne relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable après avoir appris que la victime de l'accident est décédée depuis. Dans de telles circonstances, bien qu'il puisse y avoir un rapport factuel entre ces deux infractions, il est clair que le droit à l'assistance d'un avocat ne pouvait être exercé régulièrement si la personne n'était pas mise au courant de son droit au moment de sa détention pour homicide involontaire coupable.

Finalement, il pourrait y avoir des situations dans lesquelles la personne, dès qu'elle est informée de son droit à l'assistance d'un avocat avant sa détention, déciderait d'exercer ce droit immédiate-

detention. In his reasons in dissent, Lambert J.A. sets out a hypothetical situation which well illustrates this point (at p. 288):

First, suppose that the person exercises his right to counsel and obtains legal advice. He tells counsel that an accident is being investigated and he is to be questioned. He tells counsel that he was never near the accident scene. Counsel tells him that the police have no right to be in his house if he wishes them out of his house and no right to question him about an accident if he was nowhere near. But counsel suggests that the wisest course would be to co-operate with the police in their investigation of the accident. Sometime later a breathalyzer demand is made without any information about a right to instruct counsel. The detained person does not know that he has any new right to instruct counsel. He does not know that it is an offence to fail to comply with the demand. He remembers that he has been advised that the police have no right to be in his house if he wants them to leave, and that he has been advised that the police have no legal right to question him. So he refuses to answer the police questions, or to comply with their demand and he pushes them out of his house.

The aforementioned hypotheses demonstrate the pitfalls that could eventually be encountered if it was held that a "close factual connection" with detention is sufficient to comply with the words and purpose underlying s. 10 of the *Charter*. I would therefore set the factual connection approach aside as regards the analysis of s. 10. In so holding, I am not, however, excluding this criterion as I am of the opinion that the factual connection between the *Charter* warning and the detention constitutes one of the factors to be balanced when deciding to admit or exclude the evidence under s. 24(2).

Thus, in the case at bar, although I reach the conclusion that the appellant's s. 10(b) rights were infringed in the absence of a *Charter* warning after the breathalyzer demand, I reach the same result as my colleague Gonthier J. since I am of the view that the evidence of the appellant's refusal to

ment, en ignorant les motifs de son arrestation ou de sa détention. Dans ses motifs de dissidence, le juge Lambert décrit une situation hypothétique qui illustre bien ce point (à la p. 288):

^a [TRADUCTION] Premièrement, supposons que la personne exerce son droit à l'assistance d'un avocat et obtient des conseils juridiques. Elle dit à l'avocat qu'il y a une enquête au sujet d'un accident et qu'elle doit être interrogée. Elle dit à l'avocat qu'elle n'a jamais été près du lieu de l'accident. L'avocat lui dit que les policiers n'ont aucun droit de se trouver dans sa maison sans son consentement et n'ont pas le droit de l'interroger au sujet d'un accident si elle ne se trouvait pas près du lieu de l'accident. Toutefois, l'avocat laisse entendre que le plus sage serait de collaborer avec les policiers dans leur enquête sur l'accident. Quelque temps plus tard, on lui ordonne de fournir un échantillon d'haleine sans la renseigner sur le droit à l'assistance d'un avocat. La personne qui est détenue ne sait pas qu'elle a un nouveau droit de consulter son avocat. Elle ne sait pas que refuser d'obtempérer à l'ordre constitue une infraction. Elle se souvient qu'on l'a avisée que les policiers n'ont pas le droit de se trouver dans sa maison sans son consentement et qu'on lui a dit que les policiers n'ont pas le droit de l'interroger. Alors elle refuse de répondre aux questions des policiers ou d'obtempérer à leur ordre et les expulse de sa maison.

Ces hypothèses démontrent les pièges qui pourraient éventuellement surgir si on concluait qu'un «rapport factuel étroit» avec la détention est suffisant pour se conformer aux termes et à l'objet de l'art. 10 de la *Charte*. Par conséquent, je suis d'avis d'écarter la thèse du rapport factuel en ce qui concerne l'analyse de l'art. 10. Toutefois, par cette décision je n'exclus pas ce critère car je suis d'avis que le rapport factuel entre la mise en garde prévue par la *Charte* et la détention constitue l'un des facteurs dont on doit tenir compte pour décider d'utiliser ou d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

Par conséquent, en l'espèce, bien que j'arrive à la conclusion qu'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'al. 10(b) parce qu'on ne lui a pas fait la mise en garde prévue par la *Charte* après lui avoir donné l'ordre de fournir un échantillon d'haleine, j'arrive au même résultat que mon collègue le juge Gonthier étant donné que je suis d'avis que la preuve du refus de l'appelant d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'ha-

comply following the breathalyzer demand should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Section 24(2) states:

24. ...

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

The factors to be balanced by the Court in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute were set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concern the seriousness of the *Charter* violation. The third set of factors raise the possibility that the administration of justice would be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*.

In assessing whether to admit or exclude the evidence of the appellant's refusal to comply with the breathalyzer demand in the instant appeal, it is important to bear in mind the following facts: first, as I have previously mentioned, there existed a factual link between the detention and the right to be informed of the right to counsel. The appellant was told that he was being questioned in relation to a hit and run accident and was soon after detained for him to comply with a breathalyzer demand in relation to his having driven the alleged hit and run car. From a factual standpoint, the latter offence is undoubtedly connected to the former.

Secondly, it must be noted that the appellant was never physically "detained" by the police officers nor was he taken to police headquarters for questioning. He remained in his own home and was at liberty to contact a lawyer at any time he deemed necessary. He was, in the light of the criteria set out by this Court in *R. v. Therens*,

leine ne devrait pas être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Voici le texte du par. 24(2):

24. ...

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

Les facteurs qui doivent être pris en compte par la Cour pour déterminer si l'utilisation des éléments de preuve dans les procédures est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui ont trait à l'équité du procès. Le deuxième ensemble de facteurs concerne la gravité de la violation de la *Charte*. Le troisième ensemble de facteurs soulève la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve malgré le fait qu'ils aient été obtenus d'une manière qui porte atteinte à la *Charte*.

Pour évaluer si l'on doit utiliser ou écarter la preuve du refus de l'appelant d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine dans le présent pourvoi, il est important de se rappeler les faits suivants: premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, il existait un lien factuel entre la détention et le droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat. On a dit à l'appelant qu'il était interrogé relativement à un délit de fuite et peu après il a été détenu afin qu'il obtempère à un ordre de fournir un échantillon d'haleine parce qu'il aurait conduit la voiture impliquée dans le délit de fuite. D'un point de vue factuel, la seconde infraction est sans aucun doute reliée à la première.

Deuxièmement, il convient de souligner que l'appelant n'a jamais été «détenu» physiquement par les agents de police et n'a pas été amené au poste de police à des fins d'interrogatoire. Il est resté dans sa propre maison et était libre de communiquer avec un avocat à tout moment où il aurait jugé nécessaire de le faire. Il était, selon les

supra, legally “detained” as regards s. 10 of the *Charter*, but this form of detention is to be contrasted with the physical restraint usually imposed following an arrest.

Thirdly, the evidence shows that the police officers acted in good faith throughout the proceedings and never wilfully or knowingly breached the appellant’s rights.

Finally, and perhaps most important, the appellant never testified on a *voir dire*, to the effect that he would have chosen to contact counsel had he been informed once again of his right upon detention. Thus, although the appellant’s right to counsel was breached, this breach was minor in the present circumstances as it has not been shown that compliance by the investigating officers with the *Charter* would have triggered a different reaction from the appellant.

In summary, considering the factual connection between the offence of hit and run and that of refusal to comply with a breathalyzer demand, the technical nature of the appellant’s detention and the fact that he did not tender any evidence showing that he would have exercised his right to counsel had he been told again of that right, I conclude that the evidence of the appellant’s refusal to comply with the breathalyzer demand obtained following the violation of his right pursuant to s. 10(b) of the *Charter* should nevertheless not be excluded.

In the result, as does my colleague Gonthier J., I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Buckley & Buckley, Delta.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

critères établis par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Therens*, précité, légalement «détenu» en ce qui concerne l’art. 10 de la *Charte*, mais cette forme de détention doit être opposée à la contrainte physique qui est habituellement exercée à la suite d’une arrestation.

Troisièmement, la preuve démontre que les policiers ont toujours agi de bonne foi et n’ont jamais volontairement ou sciemment porté atteinte aux droits de l’appelant.

Finale­ment, et sans doute ce qui est le plus important, l’appelant n’a jamais témoigné lors d’un voir-dire qu’il aurait choisi de communiquer avec un avocat s’il avait été informé encore une fois de ce droit lors de sa détention. Ainsi, bien que le droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat ait été violé, cette violation était mineure dans les circonstances présentes puisqu’il n’a pas été démontré que si les policiers enquêteurs avaient respecté la *Charte*, cela aurait entraîné une réaction différente de la part de l’appelant.

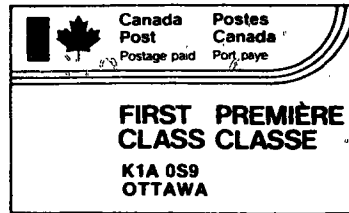
En résumé, compte tenu du rapport factuel entre les infractions de délit de fuite et de refus d’obtempérer à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine, compte tenu de la nature technique de la détention de l’appelant et du fait qu’il n’a pas présenté d’éléments de preuve démontrant qu’il aurait exercé son droit à l’assistance d’un avocat si on l’avait encore une fois mis au courant de l’existence de ce droit, je conclus que la preuve du refus de l’appelant d’obtempérer à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine, qui résulte de la violation du droit que lui reconnaît l’al. 10b) de la *Charte*, ne devrait pas être exclue.

En définitive, à l’instar de mon collègue le juge Gonthier, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant: Buckley & Buckley, Delta.

Procureur de l’intimé: Le ministère du Procureur général, Vancouver.



**FIRST PREMIÈRE
CLASS CLASSE**
**K1A 0S9
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Part 3, 1990 Vol. 1

3^e cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 425-711

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 425-711

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd. 705

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of person — Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether corporation may invoke s. 7 of the Charter — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd. 705

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Une société peut-elle invoquer l'art. 7 de la Charte? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 7 or s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Knight v. Indian Head School Division No. 19 653

Administrative law — Procedural fairness — School board dismissing employee hired under contract — Contract providing for dismissal on notice — Employee's position made known to Board — No hearing as to whether or not employee should be dismissed — Whether or not duty of procedural fairness required generally, under The Education Act or under contract — If so, whether or not duty of procedural fairness breached — The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, ss. 91(x), 112, 113, 206(d).

Labour law — Contract — Wrongful dismissal — Position created by and duties defined in statute — School board dismissing employee hired under contract — Contract providing for dismissal on notice — Whether or not employee could be dismissed only for cause under The Education Act or employment contract — The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, s. 106.

R. v. McKinlay Transport Ltd. 627

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Income tax audit — Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act — Whether a demand for information or documents under s. 231(3) constitutes a seizure — If so, whether seizure under s. 231(3) unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Taxation — Income tax — Investigation — Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act — Whether s. 231(3) violates the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Rudolf Wolff & Co. v. Canada 695

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Action against Crown — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether the word "individual" in s. 15(1) includes the Crown — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Action against Crown — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes Charter right of equality before the law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte aux art. 7 ou 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Knight c. Indian Head School Division No. 19 653

Droit administratif — Équité procédurale — Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat — Contrat prévoyant le congédiement sur préavis — Conseil informé de la position de l'employé — Aucune audition relative à l'opportunité de renvoyer l'employé — The Education Act ou le contrat imposent-ils une obligation générale d'équité procédurale? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu manquement à l'obligation d'équité procédurale? — The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 91x), 112, 113, 206d).

Droit du travail — Contrat — Congédiement injustifié — Poste créé et fonctions définies par une loi — Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat — Contrat prévoyant le congédiement sur préavis — L'employé ne pouvait-il être renvoyé que pour un motif valable en vertu de The Education Act ou du contrat de travail? — The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 106.

R. c. McKinlay Transport Ltd. 627

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Vérification fiscale — Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Une demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) constitue-t-elle une saisie? — Dans l'affirmative, la saisie en vertu de l'art. 231(3) est-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Enquête — Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231(3) viole-t-il la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Rudolf Wolff & Co. c. Canada 695

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Poursuite contre la Couronne — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La Loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le terme «personne» à l'art. 15(1) comprend-il la Couronne? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Poursuite contre la Couronne — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité devant la loi prévu par la Charte? —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Stelco Inc. v. Canada (Attorney General) 617

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent — Derivative evidence — Combines investigation — Corporation suspected of price discrimination — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences — Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked — Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Combines — Investigation — Corporation suspected of price discrimination — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Self-incrimination — Derivative evidence — Documentary evidence — Real evidence — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice — Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17.

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) 425

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent — Derivative evidence — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences — Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked — Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 13.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter.

Combines — Investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Charter.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Stelco Inc. c. Canada (Procureur général) 617

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Preuve dérivée — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? — L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Coalitions — Enquête — Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Auto-incrimination — Preuve dérivée — Preuve documentaire — Preuve matérielle — Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? — La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce) 425

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Preuve dérivée — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? — L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(c), 13.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Evidence — Self-incrimination — Derivative evidence — Documentary evidence — Real evidence — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice — Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17, 20(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

SOMMAIRE (Fin)

sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Coalitions — Enquêtes — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la Charte?

Preuve — Auto-incrimination — Preuve dérivée — Preuve documentaire — Preuve matérielle — Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? — La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 20(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 5.

Thomson Newspapers Limited, Brian W. Slaughter, Peter T. Bogart and Paul E. Weeks
Appellants

v.

Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, Restrictive Trade Practices Commission and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA
(DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH,
RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION)

File No.: 20228.

1988: November 1; 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent — Derivative evidence — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences — Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked — Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 13.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Combines investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes s. 8 of the

Thomson Newspapers Limited, Brian W. Slaughter, Peter T. Bogart et Paul E. Weeks
Appellants

a c.

Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, Commission sur les pratiques restrictives du commerce et le procureur général du Canada
Intimés

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: THOMSON NEWSPAPERS LTD. c. CANADA
d (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES,
COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU
COMMERCE)

N° du greffe: 20228.

e 1988: 1^{er} novembre; 1990: 29 mars.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Preuve dérivée — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? — L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11c), 13.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi

Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter.

Combines — Investigation — Corporation suspected of predatory pricing — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Charter.

Evidence — Self-incrimination — Derivative evidence — Documentary evidence — Real evidence — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice — Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17, 20(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

The corporate appellant and several of its officers, the individual appellants, were served with orders to appear before the Restrictive Trade Practices Commission to be examined under oath and to produce documents. The orders were issued pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act* (the “Act”) in connection with an inquiry to determine if there was evidence that the corporation had committed the offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act. A person who refuses to comply with a s. 17 order can be punished by the Commission pursuant to s. 17(3). A refusal may also constitute an offence under the Act. The appellants applied to the Ontario High Court for a declaration that s. 17 and the orders were inconsistent with the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the guarantee against unreasonable search or seizure in s. 8 of the *Charter*. The High Court allowed the application in part holding that s. 17 of the Act violated s. 8 but not s. 7. The decision was appealed by the appellants and cross-

relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

- a Coalitions — Enquêtes — Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la Charte?*
- c Preuve — Auto-incrimination — Preuve dérivée — Preuve documentaire — Preuve matérielle — Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? — La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 20(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 5.*

Des ordonnances de comparution ont été signifiées à la société appelante et à plusieurs de ses dirigeants, les personnes physiques appelantes, leur enjoignant de comparaître devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce afin d'être interrogés sous serment et de produire des documents. Ces ordonnances ont été délivrées conformément à l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (la «Loi») dans le cadre d'une enquête tenue en vue de déterminer s'il existait des preuves que la société avait commis l'infraction de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'al. 34(1)(c) de la Loi. Quiconque refuse d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut se voir infliger une peine par la Commission en vertu du par. 17(3). Un tel refus peut aussi constituer une infraction à la Loi. Les appelants ont demandé à la Haute Cour de l'Ontario de rendre un jugement déclarant que l'art. 17 et les ordonnances étaient incompatibles avec le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. La Haute Cour a accueilli cette demande en partie statuant que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 8, mais non l'art. 7. Les appelants ont porté cette décision en appel et les intimés

appealed by the respondents. The Court of Appeal held that s. 17 did not violate either section.

Held (Lamer and Sopinka JJ. dissenting in part and Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Question: Is section 17 of the *Combines Investigation Act* inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: No. Lamer J. would not reply as regards s. 7 and would answer yes as regards s. 8. Wilson J. would answer yes. Sopinka J. would answer yes as regards s. 7 to the extent only that it authorizes an order to be made for an examination under oath of a person, and would answer no as regards s. 8.

Section 7 of the Charter

Per La Forest J.: Section 17 of the Act does not contravene s. 7 of the *Charter*. Section 7 may, in certain contexts, provide residual protection to the interests protected by specific provisions of the *Charter*. It does so in the case of s. 11(c) which protects a person charged from being compelled to be a witness in proceedings against that person and s. 13 which protects a witness against self-incrimination, but s. 7 does not give an absolute right to silence or a generalized right against self-incrimination on the American model.

The power conferred by s. 17 of the Act to compel any person to give oral testimony constitutes a deprivation of liberty but such compulsion, in itself, does not violate the principles of fundamental justice. The right of an accused or a suspect to remain silent, while extending beyond the trial itself, does not extend to those who are ordered to testify in a proceeding such as that provided by s. 17 of the Act. The power to compel testimony is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act. An absolute right to refuse to answer questions in a s. 17 inquiry would represent a dangerous and unnecessary imbalance between the rights of the individual and the community's legitimate interest in discovering the truth about the existence of practices against which the Act was designed to protect the public. The section 17 inquiries are inquisitorial rather than adversarial in nature. They are investigations in which no final determination as to criminal liability is reached. The right to prevent the

ont interjeté un appel incident. La Cour d'appel a statué que l'art. 17 ne viole ni l'un ni l'autre article.

Arrêt (les juges Lamer et Sopinka sont dissidents en partie et le juge Wilson est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Question: L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Non. Le juge Lamer serait d'avis de ne pas répondre en ce qui a trait à l'art. 7 et de répondre par l'affirmative en ce qui a trait à l'art. 8. Le juge Wilson serait d'avis de répondre par l'affirmative. Le juge Sopinka serait d'avis de répondre par l'affirmative en ce qui a trait à l'art. 7 seulement dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interrogée sous serment, et il répondrait par la négative en ce qui a trait à l'art. 8.

L'article 7 de la Charte

Le juge La Forest: L'article 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 peut, dans certains cas, accorder une protection résiduelle aux intérêts garantis par des dispositions spécifiques de la *Charte*. Il le fait dans le cas de l'al. 11(c) qui garantit à un inculpé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui et dans le cas de l'art. 13 qui garantit à un témoin le droit de ne pas s'incriminer. Cependant, l'art. 7 ne confère pas un droit absolu de garder le silence ou un droit général de ne pas s'incriminer selon le modèle américain.

Le pouvoir, conféré par l'art. 17 de la Loi, de contraindre toute personne à témoigner oralement constitue une atteinte à la liberté, mais cette contrainte ne constitue pas en soi une violation des principes de justice fondamentale. Bien que le droit d'un accusé ou d'un suspect de garder le silence s'étende au-delà du procès lui-même, il ne s'étend pas à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la Loi. Le pouvoir de contraindre à témoigner est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi. Le droit absolu de refuser de répondre aux questions à l'occasion d'une enquête en vertu de l'art. 17 constituerait un déséquilibre dangereux et inutile entre les droits du particulier et l'intérêt légitime qu'a la collectivité à découvrir la vérité au sujet de l'existence de pratiques contre lesquelles la Loi était destinée à protéger le public. Les enquêtes visées par l'art. 17 sont de nature inquisitoriale plutôt que contradictoire. Il s'agit d'enquêtes qui ne compor-

subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects an individual from being “conscripted against himself” without simultaneously denying an investigator’s access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state—an important factor that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice. While a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*, and in respect of the right against compelled self-incrimination, is incapable of being forced to testify against itself, the right against self-incrimination is still available to those who are compelled to give testimony as the representatives of a corporation. Regardless of whether they give testimony in their representative or personal capacities, those who are compelled to testify under s. 17 are subjected to a direct and real violation of their own liberty.

While the admission of compelled testimony is prohibited, complete immunity against the use of derivative evidence is not required by the principles of fundamental justice. The use of derivative evidence obtained as a result of the s. 17 power in subsequent trials would not generally affect the fairness of those trials. Derivative evidence, because of its independent existence, can be found independently of the compelled testimony. There is thus nothing unfair in admitting relevant evidence of this kind against a person if it would have been found or appreciated apart from that person’s compelled testimony under s. 17, a proposition consistent with the cases under s. 24(2) of the *Charter*. If the evidence would not have been found or appreciated apart from such compelled testimony, it should, in the exercise of the trial judge’s discretion to exclude unfair evidence, be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice. The admission of the derivative evidence would in these circumstances tend to render the trial process unfair; the accused would have to answer a case that he was forced to make stronger than it would otherwise have been. Unfairness is avoided by its exclusion. It follows that the immunity against use of compelled testimony provided by s. 20(2) of the Act together with the trial judge’s power to exclude derivative evidence where appropriate is all that is necessary to satisfy the requirements of the *Charter*.

Per L’Heureux-Dubé J.: While the constitutionality of s. 17 of the Act is attacked here, one must not lose sight of the fact that corporations cannot claim the protection

tent aucune conclusion définitive quant à la responsabilité criminelle. Le droit d’interdire l’utilisation ultérieure d’un témoignage incriminant donné sous l’effet de la contrainte empêche l’individu d’être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d’avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les droits de l’individu et ceux de l’État—un facteur important qui doit être considéré pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale. Quoiqu’une société ne puisse invoquer la protection qu’offre l’art. 7 de la *Charte*, ni être forcée à témoigner contre elle-même, en ce qui concerne le droit de ne pas être contraint de s’incriminer, ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants d’une société peuvent invoquer le droit de ne pas s’incriminer. Ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l’art. 17 peuvent subir une violation directe et réelle de leur propre liberté, et ce, peu importe qu’ils témoignent en qualité de représentants ou en leur qualité personnelle.

Bien que l’utilisation d’un témoignage forcé soit interdite, l’immunité totale contre l’utilisation de la preuve dérivée n’est pas requise par les principes de justice fondamentale. L’utilisation de la preuve dérivée, obtenue par l’exercice du pouvoir de l’art. 17, dans des procès ultérieurs ne porterait généralement pas atteinte à l’équité de ces procès. À cause de son existence indépendante, une preuve dérivée peut être découverte indépendamment du témoignage forcé. Il n’y a donc rien d’injuste à ce qu’une preuve pertinente de ce genre soit utilisée contre une personne si elle aurait été découverte ou saisie indépendamment du témoignage que cette personne a été contrainte de donner en vertu de l’art. 17, une affirmation conforme aux décisions rendues en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Si la preuve n’avait pu être découverte ou saisie en l’absence d’un tel témoignage forcé, elle devrait, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire qu’a le juge du procès d’exclure des éléments de preuve inéquitables, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale. L’utilisation de la preuve dérivée dans ces circonstances tendrait à rendre le procès inéquitable; l’accusé serait obligé de réfuter une thèse qu’il a été obligé de rendre plus solide qu’elle l’aurait été par ailleurs. Son exclusion permet d’éviter l’iniquité. Il s’ensuit que l’immunité prévue par le par. 20(2) de la Loi contre l’utilisation du témoignage forcé, de concert avec le pouvoir qu’a le juge d’écartier la preuve dérivée lorsque cela est indiqué, suffit pour respecter les exigences de la *Charte*.

Le juge L’Heureux-Dubé: Quoique la constitutionnalité de l’art. 17 de la Loi soit attaquée en l’espèce, il ne faut pas oublier que les sociétés commerciales ne peu-

of s. 7 of the *Charter* because they are, on principle, excluded from the ambit of that constitutional guarantee. Section 7 therefore cannot be invoked by the individual appellants acting as representatives of the corporation. To allow them to do so would grant corporations rights which they cannot enjoy. With respect to witnesses *qua* individuals, an order to testify under s. 17 of the Act may constitute a violation of their rights of “liberty and security of the person” within the meaning of s. 7 of the *Charter*, but such violation would be effected in accordance with the principles of fundamental justice. Under section 7, “fundamental justice” requires a protection coextensive with the individual’s testimonial participation in the investigation. Use of immunity satisfies this requirement and such protection is afforded by s. 20(2) of the Act. This protection serves the end of preventing the state from using incriminating evidence which was obtained by the individual himself, while at the same time tailoring the protection to what our system considers to be the appropriate boundary of fairness in the criminal process.

Fundamental justice under s. 7 does not afford witnesses any constitutional “right to remain silent” nor does it require a constitutional immunity over derivative evidence. The “right to remain silent” enjoyed by an accused—namely, the right to refuse to testify—does not extend to witnesses in proceedings such as the one set up by s. 17 of the Act. Individuals called as witnesses in a s. 17 investigation are not charged with an offence. The mere possibility that the witnesses might later be prosecuted does not change their status as witnesses. Finally, derivative evidence, which consists mainly of real evidence, cannot be assimilated to self-incriminating evidence and does not go to the fairness of the judicial process which is what, in the end, fundamental justice is all about.

A *subpoena duces tecum* issued under s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*. No claim can be advanced by, or on behalf of the corporation, under this constitutional provision. As far as the appellant individuals *qua* individuals are concerned, assuming that a subpoena deprives them of their “liberty or security of the person”, fundamental justice under s. 7 does not extend protection over corporate books and records. Like section 13 of the *Charter*, the s. 7 residual protection against self-incrimination is limited to “testimonial evidence”. Moreover, an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does

vent réclamer la protection de l’art. 7 de la *Charte* parce qu’en principe elles sont exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle. Par conséquent, l’art. 7 ne peut être invoqué par les personnes physiques appelantes qui agissent en qualité de représentantes de la société commerciale. Leur permettre de le faire reviendrait à accorder aux sociétés des droits dont elles ne peuvent bénéficier. Quant aux personnes qui témoignent à titre personnel, une ordonnance de témoigner rendue en vertu de l’art. 17 de la Loi peut constituer une violation de leur droit «à la liberté et à la sécurité de [leur] personne» au sens de l’art. 7 de la *Charte*, mais cette violation serait conforme aux principes de justice fondamentale. En vertu de l’art. 7, la justice fondamentale exige une protection correspondant à la participation des personnes comme témoins à une enquête. L’immunité contre l’utilisation de la preuve est conforme à cette exigence et cette protection découle du par. 20(2) de la Loi. Cette protection sert à empêcher l’État d’utiliser les dépositions incriminantes qu’il a obtenues de la personne elle-même, tout en adaptant la protection à ce que notre système considère constituer la mesure appropriée d’équité dans le processus judiciaire.

La justice fondamentale au sens de l’art. 7 ne confère aux témoins aucun droit constitutionnel «de garder le silence», pas plus qu’elle n’exige une immunité constitutionnelle contre l’utilisation de la preuve dérivée. Le «droit de garder le silence» dont jouit un accusé, notamment le droit de refuser de témoigner, ne s’étend pas aux témoins déposant lors de procédures du genre de celle définie à l’art. 17 de la Loi. Les personnes physiques convoquées comme témoins à une enquête en vertu de l’art. 17 ne sont accusées d’aucune infraction. La simple possibilité que les témoins soient par la suite poursuivis ne change rien à leur situation comme témoins. Enfin, les éléments de preuve dérivée, composés surtout d’éléments de preuve matérielle, ne sont pas assimilables à un témoignage incriminant et ne portent pas atteinte à l’équité du processus judiciaire qui, en définitive, constitue l’essence même de la justice fondamentale.

Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l’art. 17 de la Loi ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*. Aucune demande fondée sur cette disposition ne peut être faite par une personne morale ou en son nom. Pour ce qui est des personnes physiques appelantes, comme telles, même si un subpoena les prive du droit «à la liberté ou à la sécurité de [leur] personne», la justice fondamentale dont parle l’art. 7 n’offre pas de protection à l’égard des livres et registres de la société. Comme c’est le cas de l’art. 13 de la *Charte*, la protection résiduelle qu’offre l’art. 7 contre l’auto-incrimination se limite à la «preuve testimoniale». De plus, une ordonnance enjoignant à un

not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a “mere conduit” for the delivery of pre-existing records. Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

Per Lamer J.: Section 7 of the *Charter* can be invoked in this case because human beings as well as a corporation are directly involved. The specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7. Assuming that it is a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer, it could be argued that s. 17 of the Act violates s. 7 to the extent that it enables the Commissioner to punish for contempt a witness “who refuses to answer a question on the ground that it may tend to incriminate him”. However, it is s. 20(2) of the Act, and not s. 17, which took away the common law right to refuse to give incriminatory answers, and which brings the refusal to answer within contempt and triggers the violation. If section 20(2) of the Act and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*—a similar provision—did not exist, a witness’s liberty would not be put in jeopardy by s. 17. A challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* grounded on s. 7 of the *Charter* must attack the law that allegedly limits the principles of fundamental justice. It is the limits prescribed by law to the principles of fundamental justice that must be justified under s. 1 of the *Charter*, and it is the law that imposes these limits that must be put on trial. Here, the appellants challenged the wrong section. A section 1 analysis of s. 17 of the Act would be in fact a s. 1 analysis of s. 20 and would lead this Court into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. This Court, therefore, should not pronounce upon the s. 7 issue without a direct challenge to the constitutional validity of s. 20(2) of the Act and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*.

Per Wilson J. (dissenting): Section 7 of the *Charter*, which is confined to the protection of human beings and has no application to corporations, can be successfully invoked in this case because three individuals as well as a corporation are named as parties. If section 17 is

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

Le juge Lamer: L’article 7 de la *Charte* peut être invoqué en l’espèce parce que des personnes physiques et une société commerciale sont directement en cause. Les énumérations précisées à l’al. 11c) et à l’art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l’art. 7 et n’empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à ce dernier article. À supposer qu’il soit un principe de justice fondamentale qu’un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante, on pourrait soutenir que l’art. 17 de la Loi viole l’art. 7 dans la mesure où il habilite un commissaire à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin «refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l’incriminer». Cependant, c’est le par. 20(2) de la Loi, et non l’art. 17, qui a supprimé le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque la violation. Si le par. 20(2) de la Loi et le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*—une disposition semblable—n’existaient pas, l’art. 17 ne mettrait pas en péril la liberté des témoins. Une contestation entreprise en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fondée sur l’art. 7 de la *Charte* doit attaquer la règle de droit qui, alléguet-on, restreint les principes de justice fondamentale. Ce sont les restrictions apportées par une règle de droit aux principes de justice fondamentale qui doivent être justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte* et c’est la règle de droit qui impose ces restrictions qui fait l’objet de l’examen judiciaire. En l’espèce, les appelants ont contesté le mauvais article. L’analyse fondée sur l’article premier auquel est soumis l’art. 17 de la Loi est en réalité une analyse de l’art. 20 effectuée en vertu de l’article premier et elle amène notre Cour à se prononcer implicitement sur le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Notre Cour ne devrait donc pas se prononcer sur la question de l’art. 7 en l’absence d’une contestation directe de la constitutionnalité du par. 20(2) de la Loi et du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le juge Wilson (dissidente): L’article 7 de la *Charte*, qui ne protège que les personnes physiques et ne s’applique pas aux personnes morales, peut être invoqué avec succès en l’espèce puisque trois particuliers et une société commerciale ont été constitués partie. Si l’article

found to be of no force or effect, this finding applies, of course, to corporations as well as human beings.

Section 17 of the Act violates the individual appellants' right to liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*. Section 17 compels an individual to appear at proceedings against his will and to testify on pain of punishment if he refuses. The evidence given by the individual may later be used to build a case against him in a subsequent criminal prosecution. The state-imposed compulsion, linked as it is to the criminal process, touches not only upon that individual's reasonable expectation of privacy but also upon his physical integrity. The fact that the s. 17 procedure is in itself "investigatory" as opposed to "prosecutorial" is irrelevant when a criminal prosecution is a potential consequence of the s. 17 investigation. Further, the fact that the individual may challenge the proceedings by way of judicial review or under s. 17(3) is also irrelevant in determining whether the right to liberty and security of the person has been violated.

The violation of the individual appellants' right to liberty and security of the person was not in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 of the *Charter* protects a suspect in a subsequent proceeding against the use of evidence derived from testimony given by him in an earlier proceeding—a protection not available under ss. 11(c) and 13 of the *Charter*. Where a person's right to life, liberty and security of the person is either violated or threatened, the principles of fundamental justice require that such evidence not be used in order to conscript the person against himself. Section 17, therefore, violates s. 7 to the extent that it compels suspects to testify in an investigatory proceeding, which is in effect a criminal investigation, so as to build up a case against themselves through their own self-incriminating testimony and evidence derived from such testimony. Section 20(2) of the Act provides no greater protection than s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and does not protect a suspect against the use of the derivative evidence in a subsequent criminal prosecution.

Section 17 of the Act cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The effective investigation of suspected criminal and quasi-criminal activity and the monitoring of the economic activity in Canada are two legislative objectives of sufficient importance to warrant infringement of individual rights and freedoms. Society has a

17 est jugé inopérant, il va de soi que cette conclusion s'applique tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques.

L'article 17 de la Loi porte atteinte au droit des personnes physiques appelantes à la liberté et à la sécurité de leur personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*. L'article 17 contraint une personne physique à comparaître contre son gré à des procédures pour y témoigner sous peine de punition si elle refuse. Le témoignage donné par cette personne physique peut être utilisé contre elle à l'occasion de poursuites criminelles ultérieures. La contrainte exercée par l'État, liée comme elle l'est au processus criminel, porte atteinte non seulement aux attentes raisonnables de l'individu en matière de vie privée, mais aussi à son intégrité physique. Que la procédure prévue à l'art. 17 présente en soi le caractère d'une «enquête» plutôt que celui d'une «poursuite» ne tire pas à conséquence lorsque des poursuites criminelles peuvent résulter de l'enquête fondée sur l'art. 17. De plus, le fait que la personne contrainte à comparaître puisse contester les procédures soit par voie de contrôle judiciaire soit en vertu du par. 17(3) ne tire pas non plus à conséquence pour ce qui est de déterminer si le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne a été violé.

L'atteinte au droit des personnes physiques appelantes à la liberté et à la sécurité de leur personne n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 de la *Charte* protège le suspect dans une procédure ultérieure contre l'utilisation d'éléments de preuve dérivés du témoignage qu'il a donné dans une procédure antérieure, protection que n'accorde ni l'al. 11c) ni l'art. 13 de la *Charte*. Lorsque le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne a été violé ou menacé, les principes de justice fondamentale requièrent qu'on ne se serve pas de cette preuve pour faire de cet individu son propre adversaire. L'article 17 viole donc l'art. 7 dans la mesure où il contraint les suspects à témoigner dans le cadre d'une procédure d'enquête, qui est en réalité une enquête criminelle, afin de réunir des éléments de preuve contre eux-mêmes par leurs propres témoignages incriminants et par la preuve dérivée de ces témoignages. Le paragraphe 20(2) de la Loi n'offre pas plus de protection que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et il ne protège pas un suspect contre l'utilisation des éléments de preuve dérivée dans une procédure criminelle ultérieure.

L'article 17 de la Loi ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La tenue d'enquêtes efficaces sur les activités criminelles et quasi criminelles dont on soupçonne l'existence et la surveillance de l'activité économique au Canada sont deux objectifs législatifs suffisamment importants pour justifier une atteinte

very real interest in controlling crime and in ensuring the stability of the market-place. The means chosen to achieve these objectives, however, are not "reasonable and demonstrably justified". While compelling individuals to appear and testify regarding their business activities is a rational way of monitoring compliance with the Act, s. 17 does not interfere with the individual appellants' s. 7 rights as little as possible. There is no evidence in this case to suggest that the government's objectives would be frustrated if individuals compelled to testify were afforded derivative use protection or that the enforcement of the Act will be drastically impaired if derivative use protection is given to persons testifying under s. 17.

Per Sopinka J. (dissenting): The provisions of s. 17 of the Act relating to oral testimony violate the right to remain silent and contravene s. 7 of the *Charter*. While the privilege against self-incrimination is limited to the right of an individual to resist testimony as a witness in a legal proceeding, the right of a suspect or an accused to remain silent operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage. The testimonial aspect of the right to remain silent is specifically included in s. 11(c) of the *Charter*. The right of a suspect to remain silent during the investigative stage, which has the status of a principle of fundamental justice, is included in s. 7. This section is the repository of many of our basic rights which are not otherwise specifically enumerated. The right to remain silent, therefore, may not be reduced, truncated or thinned out by federal or provincial action. For the purpose of this appeal, the right to remain silent is a right not to be compelled to answer questions or otherwise communicate with police officers or others whose function it is to investigate the commission of criminal offences. The protection afforded by the right is not designed to protect the individual from the police *qua* police but from the police as investigators of criminal activity. It protects the individual against the affront to dignity and privacy which results if crime enforcement agencies are allowed to conscript the suspect against himself. Since this right is protected by the *Charter*, it follows that the provinces or the federal government cannot transfer the investigative function, which is normally carried out by the police, to other agents who are empowered by statute to force suspects or potential suspects to testify. In the field of anti-competitive crime, the police work is carried out largely, if not exclusively, by the Director of Investigation and Research and his staff. Although s. 17 has other purposes, an important one is to aid the Director and his staff in investigating specific crimes. To this extent, the hearing officer is a policeman armed

à des droits et à des libertés individuels. La société a véritablement intérêt à ce que le crime soit réprimé et à ce que la stabilité du marché soit assurée. Les moyens choisis pour réaliser ces objectifs «ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer». Quoique contraindre des individus à comparaître et à témoigner au sujet de leurs activités commerciales constitue une façon rationnelle de vérifier si la Loi est respectée, l'art. 17 ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que l'art. 7 confère aux personnes physiques appelantes. Rien n'indique en l'espèce que l'objectif du gouvernement serait contrarié si l'on accordait aux individus contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée ou que cette protection nuirait énormément à l'application de la Loi.

Le juge Sopinka (dissident): Les dispositions de l'art. 17 de la Loi qui ont trait aux témoignages oraux violent le droit de garder le silence et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Tandis que le privilège de ne pas s'incriminer se limite au droit d'un particulier de refuser de déposer en qualité de témoin dans une procédure judiciaire, le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence produit ses effets tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès. L'aspect testimonial du droit de garder le silence est expressément inclus à l'al. 11c) de la *Charte*. Le droit d'un suspect de garder le silence au cours du déroulement de l'enquête, qui constitue un principe de justice fondamentale, est inclus à l'art. 7. Cet article renferme un bon nombre de nos droits fondamentaux qui ne se trouvent pas spécifiquement énumérés ailleurs. Le droit de garder le silence ne peut donc être diminué, tronqué ni altéré par le fédéral ou par une province. Aux fins du présent pourvoi, le droit de garder le silence est celui de ne pas être contraint de répondre à des questions ou de communiquer de quelque autre manière avec des policiers ou d'autres personnes chargées d'enquêter sur la perpétration d'infractions criminelles. Ce droit est destiné à protéger les particuliers non pas contre les policiers comme tels, mais contre les policiers agissant en qualité d'enquêteurs en matière criminelle. Il protège les individus contre la violation de la dignité et de la vie privée qui résulte s'il est permis aux organismes chargés de la répression du crime de faire témoigner le suspect contre lui-même. Puisque ce droit est garanti par la *Charte*, il s'ensuit que ni les provinces, ni le gouvernement fédéral ne sauraient confier la fonction d'enquête normalement exercée par la police à d'autres personnes légalement autorisées à forcer des suspects réels ou éventuels à témoigner. Dans le domaine des crimes visant à éliminer la concurrence, le travail policier est effectué principalement, sinon exclusivement, par le directeur des enquêtes et recherches et son personnel. Quoique l'art. 17 vise d'autres

with a subpoena. Parliament has not separated out of s. 17 its use for different purposes, many of which would not violate the right to remain silent. Accordingly, the whole of the provision relating to the compelling of testimony violates s. 7. For the reasons given by Wilson J., this violation could not be justified under s. 1 of the *Charter* and s. 17, to the extent of the inconsistency with s. 7, must be struck down.

The provisions of s. 17 of the Act relating to the production of documents do not contravene s. 7 of the *Charter*. While the right to remain silent and the privilege against self-incrimination protect a suspect from compelled testimony, they do not protect him from compelled production of documents. The question relating to the communicative aspects arising out of such production does not need to be decided in this case.

Section 8 of the Charter

Per La Forest J.: Section 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. The essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. An order to produce documents under s. 17, therefore, constitutes a seizure within the meaning of s. 8. But a s. 17 seizure is not unreasonable. The Act, though supported by penal sanctions, is essentially regulatory in nature, and hence part of our administrative law. It is aimed at the regulation of the economy and business with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. The conduct prohibited by the Act is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons, and the use of criminal sanctions, including imprisonment, are necessary to induce compliance with the Act. As the discovery of violations to the Act will often require access to information as to the internal affairs of business organizations, the s. 17 power to compel the production of documents is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act and does not constitute an unreasonable intrusion on privacy. Business records and documents will normally be the only records and documents that can lawfully be demanded under that section. There is only a relatively low expectation of privacy in respect of these documents since they are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. Section 17 does not infringe on

objets, celui d'aider le directeur et son personnel à enquêter sur des crimes précis est important. Dans cette mesure, le fonctionnaire qui procède à l'enquête est un policier muni d'un subpoena. Comme le Parlement n'énumère pas à l'art. 17 les différentes fins auxquelles il peut servir, bon nombre desquelles ne porteraient pas atteinte au droit de garder le silence, l'ensemble de la disposition créant une obligation de témoigner viole l'art. 7. Pour les motifs exposés par le juge Wilson, cette violation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et l'art. 17, doit, dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 7, être invalidé.

Les dispositions de l'art. 17 de la Loi qui ont trait à la production de documents ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer soustraient un suspect à l'obligation de témoigner, ils ne le soustraient pas à celle de produire des documents. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de statuer sur la question de la présentation en preuve, par la production de documents, d'éléments qui tiennent de la communication.

L'article 8 de la Charte

Le juge La Forest: L'article 17 de la Loi ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. Une ordonnance de production de documents, rendue en vertu de l'art. 17, constitue donc une saisie au sens de l'art. 8. Cependant, une saisie effectuée en vertu de l'art. 17 n'est pas abusive. Même si elle est assortie de sanctions pénales, la Loi est essentiellement de nature réglementaire et fait donc partie de notre droit administratif. Elle vise la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. La conduite interdite par la Loi est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques et l'emploi de sanctions criminelles, dont l'emprisonnement, est nécessaire pour faire respecter la Loi. Étant donné que la découverte de violations de la Loi nécessitera souvent l'accès à des renseignements sur les affaires internes d'entreprises commerciales, le pouvoir de contraindre à produire des documents, en vertu de l'art. 17, est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi et ne constitue pas une violation abusive du droit à la vie privée. En principe, seuls les dossiers et documents des entreprises pourront être légalement exigés en vertu de cet article. Les attentes des particuliers ne sont pas très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de ces documents puisqu'ils sont utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales,

this limited expectation of privacy. This does not mean that there is no limitation to the potential scope of an order to produce documents which can be validly issued under s. 17. The material sought in the order must be relevant to the inquiry in progress in light of its nature and purpose. There is no requirement that relevancy to a lawful inquiry be determined before the subpoena is issued; it is sufficient if its relevancy can be challenged by way of judicial review. This opportunity to challenge the relevancy of any particular use of s. 17, by way of judicial review, provides adequate guarantee against potential abuse of the power s. 17 confers. No evidence of any such abuse is apparent in this case.

The stringent standards of reasonableness articulated in *Hunter*, and usually applicable to criminal investigations, were inappropriate to determine the reasonableness of a seizure under s. 17 in light of the limited scope of the s. 17 power to order the production of documents and the limited privacy interests with regard to these documents. The application of the *Hunter* standards would severally hamper and perhaps render impossible the effective investigation of anti-competitive offences.

Per L'Heureux-Dubé J.: A *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. While a *subpoena duces tecum* issued under s. 17 may be considered a "seizure" within the meaning of s. 8, the "seizure" contemplated by s. 17 is reasonable. The Act is a complex scheme of economic regulation aimed at eradicating practices that impair free competition in the market-place and s. 17 is part of the administrative machinery which was established in order to promote the Act's purpose. Because the Act's administrative machinery and enforcement provisions are part of a regulatory scheme, the reasonableness of the *subpoena duces tecum* issued under s. 17 must be assessed taking into account a number of factors, including the importance of the Act's underlying purpose, the necessity of impairing privacy interests, and the absence of other, less onerous, alternatives. These factors indicate clearly that public interest in the freedom and protection of citizens in the market-place prevails over the minimal infringement of the privacy interests of those required to disclose information of an economic nature. First, the legislative purpose of the Act serves important socio-economic interests. Second, the existence of a mech-

sont normalement réglementées par l'État. L'article 17 ne porte pas atteinte à cette attente restreinte au respect du droit à la vie privée. Cela ne signifie pas que la portée éventuelle d'une ordonnance de produire des documents, qui peut être rendue valablement en vertu de l'art. 17, n'a pas de limites. Les documents recherchés dans l'ordonnance doivent se rapporter à l'enquête en cours, compte tenu de sa nature et de son objet. Il n'est pas nécessaire que la pertinence pour les fins d'une enquête autorisée légalement soit déterminée avant la délivrance du subpoena; il suffit que sa pertinence puisse être contestée par voie de contrôle judiciaire. Cette possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire la pertinence de tout recours particulier à l'art. 17 offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l'art. 17. Il n'y a preuve d'aucun abus semblable dans le présent pourvoi.

Les normes sévères du caractère raisonnable énoncées dans l'arrêt *Hunter* et habituellement applicables aux enquêtes criminelles, sont inadéquates pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu de l'art. 17, compte tenu de la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents en vertu de l'art. 17 et du peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans ces documents. L'application des normes formulées dans l'arrêt *Hunter* compromettrait sérieusement et rendrait peut-être même impossible la tenue d'enquêtes efficaces relativement à des infractions contre la concurrence.

Le juge L'Heureux-Dubé: Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Même si un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 peut être considéré comme une «saisie» au sens de l'art. 8, la «saisie» envisagée à l'art. 17 n'est pas abusive. La Loi est un système de réglementation économique complexe qui a pour objet d'éliminer les pratiques contraires à la libre concurrence sur le marché et l'art. 17 fait partie des rouages administratifs établis pour promouvoir l'objet de la Loi. Parce que les rouages administratifs de la Loi et de ses dispositions d'application font partie d'un système de réglementation, le caractère raisonnable du *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 doit s'apprécier en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont l'importance de l'objet fondamental de la Loi, la nécessité d'empiéter sur les droits à la vie privée et l'absence d'alternative moins onéreuse. Ces facteurs indiquent clairement que l'intérêt public à la liberté et à la protection des citoyens sur le marché l'emporte sur l'atteinte minimale aux droits à la vie privée de ceux qui sont tenus de révéler des renseignements de nature économique. Premièrement, l'objet de la Loi sert des intérêts socio-économiques importants.

anism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. Third, as a means chosen to bring about the legislative end, the subpoena is significantly less intrusive than other alternatives. In addition, in the case of corporations, their privacy interest is relatively low with respect to requests for economic information. Fourth, while there is no express condition precedent to the issuance of the subpoena, the order can be contested and reviewed before an impartial judicial officer (s. 17(3)). The review provides a safeguard to ensure that s. 17 orders are issued for the sole purpose of advancing the regulatory aim of the Act. A *subpoena duces tecum* issued under s. 17 does not, therefore, constitute an "unreasonable seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

An order to testify under s. 17 of the Act does not infringe s. 8 of the *Charter*. To hold that an order to testify constitutes a "seizure", presumably a "seizure" of one's thoughts, would be to stretch that word beyond any meaning. The word "seizure" under s. 8 should be restricted to tangible things.

Per Sopinka J.: An order under s. 17 requiring the production of documents does not constitute a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The persons served with an order for production under s. 17 have the opportunity to challenge the validity and the extent of the demand before producing the documents. This opportunity for review before the documents are produced goes to the existence of a seizure. This factor bears directly on the extent of governmental intrusion. A mere demand which is not yet enforceable is, in this age of pan-governmental activity, a minimal intrusion. This minimal intrusion cannot be tantamount to a seizure. If a definition of "seizure" that is over-inclusive is adopted, a wholesale departure from the standards articulated in *Hunter* will be necessary. A more restrictive interpretation is thus preferable reserving the application of the *Hunter* standards for those state intrusions which are truly out of keeping with what individuals have come to expect as a routine fact of daily life in a modern state.

Per Lamer and Wilson JJ. (dissenting): Sections 17(1) and 17(4) violate the right to be secure against unreasonable seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. A seizure under s. 8 is the taking by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will. Applying a purposive interpretation of s. 8, the compel-

Deuxièmement, de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Troisièmement, comme moyen de réaliser l'objectif de la Loi, le subpoena occasionne une ingérence beaucoup moindre que tout autre mécanisme. En outre, dans le cas des sociétés commerciales, leurs attentes sont limitées en matière de respect de leur vie privée face à des demandes de renseignements économiques. Quatrièmement, bien que la délivrance d'un subpoena ne soit soumise à aucune condition préalable explicite, il est possible de contester l'ordonnance et de la faire contrôler par un officier de justice impartial (par. 17(3)). Ce contrôle permet d'assurer que les ordonnances délivrées en vertu de l'art. 17 ne visent qu'à promouvoir les objectifs de réglementation de la Loi. Un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 ne constitue donc pas une «saisie abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Une ordonnance de témoigner délivrée en vertu de l'art. 17 ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Conclure qu'une ordonnance de témoigner constitue une «saisie», probablement une «saisie» de la pensée de quelqu'un, reviendrait à donner à ce terme un sens qu'il n'a absolument pas. Le terme «saisie» au sens de l'art. 8 se limite aux choses tangibles.

Le juge Sopinka: Une ordonnance enjoignant, en vertu de l'art. 17, de produire des documents ne constitue pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les personnes qui se voient signifier une ordonnance de production en vertu de l'art. 17 ont la possibilité de contester la validité et la portée de la demande avant de produire les documents. Cette possibilité de contrôle préalable à la production des documents a trait à l'existence de la saisie. Ce facteur influe directement sur l'ampleur de l'intrusion gouvernementale. Une simple demande qui n'est pas encore exécutoire représente une intrusion minime à notre époque d'activités pangouvernementales. Cette intrusion minimale ne peut équivaloir à une saisie. L'adoption d'une définition trop exhaustive du terme «saisie» rendrait nécessaire une dérogation générale aux normes énoncées dans l'arrêt *Hunter*. Il est préférable d'adopter une interprétation plus restrictive et de n'appliquer les normes formulées dans l'arrêt *Hunter* qu'aux intrusions de l'État qui ne cadrent vraiment pas avec ce que les particuliers en sont venus à attendre au niveau du vécu quotidien dans une État moderne.

Les juges Lamer et Wilson (dissidents): Les paragraphes 17(1) et 17(4) violent le droit à la protection contre les saisies abusives qui est garanti à l'art. 8 de la *Charte*. Une saisie au sens de l'art. 8 est l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne. Si on donne à l'art. 8 une

sory production of documents in a criminal or quasi-criminal law context falls within that definition. Whether the public authority “takes” the documents or compels the person to hand them over, the impact on the person’s right to privacy in the documents is the same. Sections 17(1) and 17(4), therefore, constitute a seizure within the meaning of s. 8, and this seizure is unreasonable because it does not meet the test of reasonableness set forth in *Hunter*. The possibility of an individual’s challenging the s. 17 order before a judge, prior to giving up possession of the documents, either by way of an application for review or by way of s. 17(3) does not meet the concerns underlying the *Hunter* criteria. Only the sophisticated will be aware of this procedure. Most people will respond forthwith to the authority’s demand. Nor does it meet the requirement of reasonable and probable grounds. The *Hunter* criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation—what may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. Nevertheless, the more akin the legislation is to traditional criminal law, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced.

Sections 17(1) and 17(4) of the Act cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. In the absence of any evidence to show that the objectives of the Act would be frustrated by adherence to the *Hunter* criteria, it is impossible to conclude that the s. 8 right of the appellants was minimally impaired.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; **considered:** *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); **referred to:** *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509; *R. v. Quesnel*

interprétation fondée sur l’objet visé, la production obligatoire de documents dans un contexte de droit criminel ou quasi criminel satisfait à cette définition. Peu importe que le pouvoir public «s’approprié» les documents ou qu’il force la personne à les remettre, l’effet est le même sur le droit de cette personne au respect de sa vie privée relativement aux documents. Les paragraphes 17(1) et 17(4) constituent donc une saisie au sens de l’art. 8 et cette saisie est abusive parce qu’elle ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable établi dans l’arrêt *Hunter*. La possibilité qu’a un individu, avant de remettre les documents, de contester devant un juge, soit par voie de demande de contrôle judiciaire, soit en vertu du par. 17(3), l’ordonnance rendue en vertu de l’art. 17 ne répond pas aux préoccupations sous-jacentes aux critères énoncés dans l’arrêt *Hunter*. Seule la personne bien renseignée sera au courant de cette procédure. La plupart des gens obtempéreront sur-le-champ à la demande des autorités. Cette possibilité ne satisfait pas non plus à l’exigence de motifs raisonnables et probables. Les critères de l’arrêt *Hunter* ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l’être dans un contexte criminel ou quasi criminel. Toutefois, plus une loi s’apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères établis dans l’arrêt *Hunter* sera toléré.

Les paragraphes 17(1) et 17(4) de la Loi ne peuvent être sauvegardés en vertu de l’article premier de la *Charte*. À défaut d’éléments de preuve établissant que l’application de ces critères aurait pour effet de contre-carrer les objectifs de la Loi, on ne saurait conclure que le droit garanti aux appelants par l’art. 8 n’a subi qu’une atteinte minimale.

Jurisprudence

Cité par le juge La Forest

Distinction d’avec les arrêts: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; **arrêts examinés:** *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; **Renvoi:** *Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); **arrêts mentionnés:** *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51

(1985), 12 O.A.C. 165; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (1977); *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (1971); *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *Lucier v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 28; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; **distinguished:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); **considered:** *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *Irvine v. Canada (Restrictive*

O.R. (2d) 509; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), conf. [1984] 1 R.C.S. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (1977); *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (1971); *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *Lucier c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 28; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

g Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; **distinction d'avec les arrêts:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); **arrêts examinés:** *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] R.C.S. 276; *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] R.C.S. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1

Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885; *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909; *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783; *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911); *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988); *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

By Sopinka J. (dissenting in part)

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196; *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988); *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309; *Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153; *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22

R.C.S. 731; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679; *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599; *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885; *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909; *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783; *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911); *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988); *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

Citée par le juge Sopinka (dissident en partie)

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196; *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988); *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309; *Tyler c. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153; *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board*

D.L.R. (4th) 520; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757, aff'd [1990] 1 S.C.R. 627; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Director of Investigation and Research v. Restrictive Trade Practices Commission* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

By Wilson J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. xiv; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183 (B.C.S.C.), aff'd (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), leave to appeal granted, [1986] 1 S.C.R. x; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956); *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970); *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1898, c. 53.

(1985), 22 D.L.R. (4th) 520; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757, conf. [1990] 1 R.C.S. 627; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

^a Citée par le juge Wilson (dissidente)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. xiv; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183 (C.S.C.-B.), conf. (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi accordée, [1986] 1 R.C.S. x; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956); *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970); *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1901, ch. 36.

- Act to further amend the Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1901, c. 36.
- Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 15, 16.
- Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 5.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 [now R.S.C., 1985, c. C-5], ss. 4(1), 5.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, ss. 1(a), 2(d).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 11(c), 13, 24(2).
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8 [am. 1974-75-76, c. 76, s. 4], 9, 10, 14(1), 15, 17, 18 [am. *idem*, s. 6], 20 [am. *idem*, s. 8; am. 1985, c. 19, s. 187 (schedule V (item 3))], 22, 31.4 [ad. 1974-75-76, c. 76, s. 12], 32 [am. *idem*, s. 14], 32.2 [ad. *idem*, s. 15], 33, 34(1)(c) [am. *idem*, s. 16(1)], 36 [rep. & sub. *idem*, s. 18], 36.1 [ad. *idem*], 36.3 [*idem*], 36.4 [*idem*], 37.1 [*idem*], 37.2 [*idem*], 38 [*idem*], 40, 41, 44(2) [rep. & sub. *idem*, s. 19], 45 [am. *idem*, s. 21], 46.1 [ad. *idem*, s. 24].
- Combines Investigation Act*, S.C. 1910, c. 9, s. 32.
- Constitution Act, 1867*, s. 91.
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63, s. 1], ss. 231(3), 239.
- Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, art. 5.
- Acte modifiant l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1898, ch. 53.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 11c), 13, 24(2).
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a), 2d).
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], art. 231(3), 239.
- Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.C. 1910, ch. 9, art. 32.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 8 [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 4], 9, 10, 14(1), 15, 17, 18 [mod. *idem*, art. 6], 20 [mod. *idem*, art. 8; mod. 1985, ch. 19, art. 187 (annexe V (numéro 3))], 22, 31.4 [aj. 1974-75-76, ch. 76, art. 12], 32 [mod. *idem*, art. 14], 32.2 [aj. *idem*, art. 15], 33, 34(1)c) [mod. *idem*, art. 16(1)], 36 [abr. & rempl. *idem*, art. 18], 36.1 [aj. *idem*], 36.3 [*idem*], 36.4 [*idem*], 37.1 [*idem*], 37.2 [*idem*], 38 [*idem*], 40, 41, 44(2) [abr. & rempl. *idem*, art. 19], 45 [mod. *idem*, art. 21], 46.1 [aj. *idem*, art. 24].
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5], art. 4(1), 5.
- Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 15, 16.

Authors Cited

- Berger, Mark. *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Toronto: Lexington Books, 1980.
- Canada. Consumer and Corporate Affairs Canada. *Combines Investigation Act Amendments 1984: Background Information and Explanatory Notes*, 1984.
- Canada. Law Reform Commission. Report 3. *Our Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 16. *Criminal Responsibility for Group Action*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Commissions of Inquiry: A New Act*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Chevrette, François. "Protection Upon Arrest or Detention and Against Retroactive Penal Law". In Gerald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Text*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Doctrines citées

- Berger, Mark. *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Toronto: Lexington Books, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 16. *Responsabilité pénale et conduite collective*. Ottawa: La Commission, 1976.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Les commissions d'enquête: Une nouvelle loi*. Ottawa: La Commission, 1977.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 3. *Notre droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1976.
- Canada. Consommation et Corporations Canada. *Modifications de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Documentation de base et notes explicatives*, 1984.
- Chevrette, François. «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive. Dans Gerald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1989.
- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Text*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

- de Montigny, Yves. «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989), 49 *R. du B.* 53.
- Delisle, R. J. «Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*» (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 706.
- Gorecki, Paul K. and W. T. Stanbury. «Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976». In J. Robert S. Prichard, W. T. Stanbury and Thomas A. Wilson, eds., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*. Toronto: Butterworths, 1979.
- Kintner, Earl W. and William P. Kratzke. *Federal Antitrust Law*, vol. VI. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1986.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Ouellette, Yves. «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.
- Reid, Alan D. and Alison Harvison Young. «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.
- Rostow, Eugene V. *Planning for Freedom: The Public Law of American Capitalism*. New Haven: Yale University Press, © 1959, 1962.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Wilson, Stephen V. and A. Howard Matz. «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods» (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 57 O.R. (2d) 257, 17 O.A.C. 330, 34 D.L.R. (4th) 413, 30 C.C.C. (3d) 145, 55 C.R. (3d) 19, 12 C.P.R. (3d) 97, dismissing appellants' appeal and allowing respondents' cross-appeal from a judgment of J. Holland J. (1986), 54 O.R. (2d) 143, 26 D.L.R. (4th) 507, 25 C.C.C. (3d) 233, 9 C.P.R. (3d) 72, 21 C.R.R. 1, declaring ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* unconstitutional. Appeal dismissed, Lamer and Sopinka JJ. dissenting in part and Wilson J. dissenting.
- H. Lorne Morphy, Q.C., and John B. Laskin, for the appellants.
- de Montigny, Yves. «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989), 49 *R. du B.* 53.
- Delisle, R. J. «Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*» (1988), 67 *R. du B. can.* 706.
- Gorecki, Paul K. and W. T. Stanbury. «Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976». In J. Robert S. Prichard, W. T. Stanbury and Thomas A. Wilson, eds., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*. Toronto: Butterworths, 1979.
- Kintner, Earl W. and William P. Kratzke. *Federal Antitrust Law*, vol. VI. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1986.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Ouellette, Yves. «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswells, 1987.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.
- Reid, Alan D. and Alison Harvison Young. «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.
- Rostow, Eugene V. *Planning for Freedom: The Public Law of American Capitalism*. New Haven: Yale University Press, © 1959, 1962.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Wilson, Stephen V. and A. Howard Matz. «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods» (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 57 O.R. (2d) 257, 17 O.A.C. 330, 34 D.L.R. (4th) 413, 30 C.C.C. (3d) 145, 55 C.R. (3d) 19, 12 C.P.R. (3d) 97, qui a rejeté l'appel des appelants et accueilli l'appel intimité des intimés contre une décision du juge J. Holland (1986), 54 O.R. (2d) 143, 26 D.L.R. (4th) 507, 25 C.C.C. (3d) 233, 9 C.P.R. (3d) 72, 21 C.R.R. 1, qui avait déclaré inconstitutionnels les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Sopinka sont dissidents en partie et le juge Wilson est dissident.
- H. Lorne Morphy, c.r., et John B. Laskin, pour les appelants.

Bryan Finlay, Q.C., and J. Gregory Richards, for the respondents.

Leah Price and Timothy Macklem, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues Justice Wilson, Justice La Forest, Justice L'Heureux-Dubé and Justice Sopinka. I agree with Wilson, La Forest and Sopinka JJ. that in this appeal s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is engaged because human beings as well as a corporation are directly involved. I also agree with all of my colleagues that the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7. Further, I agree with Wilson J. in respect of her analysis of s. 8 of the *Charter*, and with the conclusion that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, are not saved by s. 1 of the *Charter*. I would, accordingly declare s. 17 of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with s. 8 of the *Charter* to the extent that it compels the production of documents, and is therefore of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

As regards s. 7, the following comments are made on the assumption that I agree with my colleague Wilson J.'s finding and analysis in support thereof that it is and has long been in Canada a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer. This finding inferentially leads us to the conclusion, and a far reaching one at that, that s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now

Bryan Finlay, c.r., et J. Gregory Richards, pour les intimés.

Leah Price et Timothy Macklem, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mes collègues les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka. Je souscris à l'avis des juges Wilson, La Forest et Sopinka que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique en l'espèce parce que des personnes physiques et une société commerciale sont directement en cause. Je partage aussi l'avis de tous mes collègues que les énumérations précisées à l'al. 11(c) et à l'art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l'art. 7 et n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7. De plus, je souscris à l'analyse que fait le juge Wilson de l'art. 8 de la *Charte* et à la conclusion que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, ne sont pas sauvegardés par l'article premier de la *Charte*. Je suis donc d'avis de déclarer l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où il force la production de documents et, partant, inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Quant à l'art. 7, à supposer que je souscrive à la conclusion du juge Wilson, ainsi qu'à l'analyse par laquelle elle est arrivée à cette conclusion, qu'il est un principe de justice fondamentale accepté depuis longtemps au Canada qu'un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante, je ferai les observations qui suivent. Cette conclusion nous amène, par déduction, à cette autre conclusion de portée considérable que le par. 5(1) de la *Loi sur*

R.S.C., 1985, c. C-5), is a limit prescribed by law that may or may not be justified as reasonable in a free and democratic society following a s. 1 analysis, having regard to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*.

I could not, with respect, follow my colleague who, at the invitation of the appellants, then proceeds to a s. 1 analysis of s. 17 of the *Combines Investigation Act* to declare it inoperable. My reasons are as follows. Section 17 empowers the Commissioner to subpoena, administer the oath and question the witness. It also empowers the Commissioner to find in contempt and punish the witness that refuses to testify.

A person who is prosecuted or facing a show cause for contempt is brought within the protection of s. 7 as that person is in jeopardy of being deprived of his or her right to liberty and security of the person. The protection afforded is that of not being deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. In this case, no one is suggesting that the contempt power or the *Criminal Code* offences for which a recalcitrant witness may be prosecuted offend the principles of fundamental justice. What can only be argued, irrespective of the parties' approach, is that s. 17 violates s. 7 of the *Charter* to the extent that it enables a Commissioner to punish for contempt a witness who refuses to give an answer to a question put to him, on the ground that it may tend to incriminate him. Section 17 empowers generally to punish for contempt witnesses who refuse to answer. That does not violate s. 7. It is s. 20, in fact the first few lines of s. 20(2) which takes away the common law right to refuse to give incriminatory answers, that brings the refusal to answer within contempt and that really triggers the violation. Indeed, if s. 20 of the *Combines Investigation Act* and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* did not exist such a witness's liberty would not be put in jeopardy by s. 17. A challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* grounded

la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5), est une limite prescrite par une règle de droit qui peut être ou ne pas être justifiée comme raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique suite à une analyse fondée sur l'article premier, compte tenu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*.

En toute déférence, je ne puis suivre le raisonnement de ma collègue qui, à l'invitation des appelants, soumet ensuite l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* à une analyse fondée sur l'article premier pour le déclarer inopérant. Voici mes motifs. L'article 17 habilite un membre de la Commission à délivrer des assignations, à faire prêter serment et à interroger des témoins. Il habilite aussi le membre de la Commission à condamner pour outrage et à punir le témoin qui refuse de témoigner.

Une personne poursuivie ou tenue de se justifier dans une procédure pour outrage est protégée par l'art. 7 parce qu'il risque d'être porté atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. La protection accordée consiste à interdire de porter atteinte à ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, personne ne laisse entendre que le pouvoir de condamner pour outrage ou les infractions définies au *Code criminel* en vertu desquelles un témoin récalcitrant peut faire l'objet de poursuites sont contraires aux principes de justice fondamentale. Quel que soit le point de vue adopté par les parties, on ne peut que faire valoir que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il habilite un membre de la Commission à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer. L'article 17 confère, de façon générale, le pouvoir de punir pour outrage le témoin qui refuse de répondre. Cela n'est pas contraire à l'art. 7. C'est l'art. 20, plus précisément les premières lignes du par. 20(2) qui suppriment le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque vraiment la violation. En réalité, si l'art. 20 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et le

on s. 7 must of necessity, given the particular structure of s. 7, attack the law that allegedly limits the principle of fundamental justice; deprivations by law of life, liberty, or security of the person are not the limits by law referred to under s. 1. It is the limit by law to the principles of fundamental justice that takes us to s. 1, and it is the law that imposes that limit that is then put on trial. All this is to say that the appellants, in this case, have throughout, in my respectful view, challenged the wrong section. They should have challenged the constitutionality of s. 20(2) which, in almost the exact language of s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, states:

20. ...

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Be that as it may, if s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* did not exist, I would, though reluctantly overlook this, and try to settle the matter through the constitutional challenge of s. 17. I would not however, in that event, with respect, do it so broadly as my colleague suggests. At most, I would declare inoperative only the contempt power granted in s. 17, and there, only as regards those witnesses who object to answering questions on the ground that the answer would tend to incriminate them. Though it is somewhat unorthodox to go that route while the "culprit" section is unat-

par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'existaient pas, l'art. 17 ne mettrait pas en péril cette liberté des témoins. Une contestation entreprise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fondée sur l'art. 7 doit nécessairement, étant donné l'économie particulière de l'art. 7, attaquer la règle de droit qui, allègue-t-on, restreint le principe de justice fondamentale; les atteintes par la loi à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne sont pas des limites prescrites par une règle de droit au sens de l'article premier. C'est la restriction apportée par une règle de droit aux principes de justice fondamentale qui donne lieu à l'application de l'article premier et c'est la règle de droit qui impose cette restriction qui fait l'objet de l'examen judiciaire. Tout cela pour arriver à dire que, selon moi, les appelants en l'espèce ont, depuis le début, contesté le mauvais article. Ils auraient dû contester la constitutionnalité du par. 20(2) qui reproduit presque mot à mot le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Voici le par. 20(2):

20. ...

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Quoi qu'il en soit, si le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'existait pas, je crois que je passerais, avec hésitation, par dessus cette question et j'essayerais de résoudre le cas par une contestation constitutionnelle de l'art. 17. En toute déférence, je ne le ferais pas, le cas échéant, de façon aussi générale que le propose ma collègue. Tout au plus, je ne déclarerais inopérant que le pouvoir de condamner pour outrage qui est accordé par l'art. 17 et, même là, seulement en ce qui concerne les témoins qui refusent de répondre à des questions pour le motif que leur réponse tendrait à les incriminer.

tacked, I could go that route, were it not for the following two reasons. First, this collateral attack leads us into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* even further than the extent to which I referred at the outset of my reasons. Indeed, the s. 1 analysis of s. 17 carried out by my colleagues is in fact a s. 1 analysis of s. 20. Finding that s. 20 through s. 17 fails under s. 1 is inferentially a finding that s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* is not only a restriction to a principle of fundamental justice but also one that, at least in certain contexts, probably in all, cannot be salvaged under s. 1. It would be most undesirable that we do this as a result of a challenge of the wrong section of the *Combines Investigation Act* and without a genuine challenge of s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, affording the constitutional validity of that section a full hearing. Second, this improper s. 52 challenge circumvents a challenge of s. 5(1) which, quite undoubtedly, would have attracted different interventions from the Attorneys General. Indeed, if s. 20 did not exist witnesses would be governed by s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Had the challenge been made to the proper section, that is s. 20, the first few lines of s. 20(2) which takes away the right not to answer, would have been declared inoperative. That finding would have granted the same protection from contempt as limiting, to the extent I suggested earlier, the contempt power under s. 17, were it not for the fact that there is still in place s. 5(1) which states in similar language but exactly to the same effect, that which is stated by s. 20(2). In other words, to succeed, the appellants had to challenge s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* and s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*. They have challenged neither and for this reason, without pronouncing upon the s. 7 issues I find that their s. 7 argument cannot succeed in this case.

miner. Bien qu'il soit quelque peu hétérodoxe d'adopter cette façon de procéder alors que l'article «fautif» n'est pas contesté, je serais prêt à le faire si ce n'était des deux motifs suivants: premièrement, cette contestation indirecte nous amène à rendre une décision implicite au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, décision de portée encore plus grande que ce que j'ai mentionné au début des présents motifs. À vrai dire, l'analyse fondée sur l'article premier à laquelle mes collègues ont soumis l'art. 17 est en réalité une analyse de l'art. 20 en vertu de l'article premier. Conclure que l'art. 20, en raison de l'art. 17, ne répond pas au critère de l'article premier revient à conclure que le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* est non seulement une restriction à un principe de justice fondamentale mais aussi une restriction qui, dans certains contextes, sinon tous les contextes, ne peut pas être sauvegardée par l'article premier. Il serait très malheureux que nous arrivions à cette conclusion à cause de la contestation du mauvais article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et sans une contestation véritable du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui aurait permis la tenue d'un débat complet sur sa constitutionnalité. Deuxièmement, cette contestation erronée fondée sur l'art. 52 contourne celle du par. 5(1) qui, à n'en pas douter, aurait provoqué des interventions différentes de la part des procureurs généraux. En réalité, si l'art. 20 n'existait pas, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* aurait régi les témoins. Si le bon article avait été contesté, soit l'art. 20, les premières lignes du par. 20(2), qui suppriment le droit de refuser de répondre, auraient été déclarées inopérantes. Cette conclusion aurait tout autant protégé de l'outrage que celle consistant à limiter, dans la mesure où je l'ai déjà mentionné, le pouvoir de condamner pour outrage conféré à l'art. 17, si ce n'était du fait que le par. 5(1), qui dit presque la même chose et a exactement le même effet que le par. 20(2), existe toujours. En d'autres termes, pour réussir, les appelants auraient dû contester le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ils n'ont contesté ni l'un ni l'autre et pour ce motif, sans me prononcer sur les questions relatives à l'art. 7, je conclus que leur argument fondé sur l'art. 7 ne saurait être retenu en l'espèce.

I would accordingly, as would my colleague Wilson J., allow the appeal on the basis that s. 17 of the *Combines Investigation Act* is inconsistent with s. 8 of the *Charter* and of no force or effect to the extent that it compels the production of documents. I would not pronounce on the s. 7 issue since, in my view, it would be improper to do so without a direct challenge to s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The issue raised in this appeal is whether s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, is inconsistent with either s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to the extent of the inconsistency.

1. The Facts

Thomson Newspapers Limited ("Thomson") is a major publication corporation operating across Canada. Brian W. Slaight is Executive Vice-President and a director of Thomson. Peter T. Bogart is Vice-President, Finance, Treasurer, and a director of Thomson. Paul E. Weeks is Thomson's Controller.

On August 16, 1985 the individual appellants were served with orders to appear before Richard B. Holden, Vice-Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission or a person named by him to be examined under oath and to make production of documents described in the orders to appear. The orders to appear were issued by Holden pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act* in connection with an inquiry being conducted by the Director of Investigation and Research to determine whether evidence existed that Thomson or its subsidiary companies had committed the indictable offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act at any time between January 1, 1976 and the date of the inquiry.

En conséquence, à l'instar de ma collègue le juge Wilson, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour le motif que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* et inopérant dans la mesure où il oblige à produire des documents. Je m'abstiens de me prononcer sur la question de l'art. 7 puisqu'à mon avis il ne conviendrait pas de le faire en l'absence d'une contestation directe du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est incompatible soit avec l'art. 7 soit avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, partant, inopérant dans la mesure de cette incompatibilité, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1. Les faits

Thomson Newspapers Limited («Thomson») est une importante maison de publication qui exerce ses activités partout au Canada. Brian W. Slaight est vice-président directeur et membre du conseil d'administration de Thomson. Peter T. Bogart est vice-président chargé des finances, trésorier et administrateur de Thomson. Paul E. Weeks occupe chez Thomson le poste de contrôleur.

Le 16 août 1985 ont été signifiées aux personnes physiques appelantes des ordonnances de comparution devant Richard B. Holden, vice-président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, ou devant une personne désignée par lui, afin d'être interrogées sous serment et de produire les documents décrits dans les ordonnances de comparution. Ces dernières ont été délivrées par Holden conformément à l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans le cadre d'une enquête menée par le directeur des enquêtes et recherches en vue de déterminer s'il existait des éléments de preuve établissant que Thomson ou ses filiales avaient, entre le 1^{er} janvier 1976 et la date de l'enquête, commis l'acte criminel de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'al. 34(1)c) de la Loi.

Thomson was informed of the inquiry and the projected orders to appear by letter dated August 16, 1985 from Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research. The inquiry appears to have been in progress since at least July 1978 since during that month representatives of the Director searched and seized documents from the offices of Thomson and its subsidiaries pursuant to s. 10 of the Act in twenty-two cities in Ontario, Saskatchewan, Alberta and British Columbia. In July 1983 the Director attempted further searches and seizures but these were quashed by the Federal Court of Canada as it was found that s. 10 of the Act which authorized the searches and seizures was unconstitutional.

By Notice of Application dated October 16, 1985 the appellants applied to the Ontario High Court for a declaration that s. 17 of the Act and the orders to appear were in conflict with s. 7 and s. 8 of the *Charter* and accordingly of no force or effect.

J. Holland J., in reasons reported at (1986), 54 O.R. (2d) 143, held that s. 17 of the Act violates s. 8 but not s. 7 of the *Charter*. His decision was appealed by the appellants and cross-appealed by the respondents to the Ontario Court of Appeal. The Ontario Court of Appeal, in reasons reported at (1986), 57 O.R. (2d) 257, held that s. 17 violated neither section. Leave to appeal to this Court was granted on June 25, 1987, [1987] 1 S.C.R. xiv.

2. The Issues

The constitutional question set by this Court reads as follows:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

3. The Courts Below

(a) At Trial

After reviewing the relevant provisions of the *Combines Investigation Act* and identifying the proper interpretive approach to be taken to the

Thomson a été informée de la tenue de l'enquête et du projet de délivrer des ordonnances de comparution, par une lettre en date du 16 août 1985 émanant de Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches. L'enquête paraît se dérouler depuis au moins juillet 1978 puisque, pendant ce mois, des représentants du directeur ont, conformément à l'art. 10 de la Loi, perquisitionné dans les bureaux de Thomson et de ses filiales dans vingt-deux villes de l'Ontario, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique et y ont saisi des documents. En juillet 1983, le directeur a tenté de procéder à d'autres perquisitions et saisies, mais en a été empêché par la Cour fédérale du Canada qui a jugé inconstitutionnel l'art. 10 de la Loi, qui autorise les perquisitions et les saisies.

Par un avis de requête daté du 16 octobre 1985, les appelants ont demandé à la Haute Cour de l'Ontario de rendre un jugement déclarant que l'art. 17 de la Loi et les ordonnances de comparution étaient incompatibles avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et, par conséquent, inopérants.

Le juge J. Holland, dans des motifs publiés à (1986), 54 O.R. (2d) 143, a statué que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 8 mais non l'art. 7 de la *Charte*. Les appelants ont porté sa décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et les intimés ont interjeté un appel incident. Dans des motifs publiés à (1986), 57 O.R. (2d) 257, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 17 ne violait ni l'une ni l'autre disposition. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 25 juin 1987, [1987] 1 R.C.S. xiv.

2. Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée par notre Cour est ainsi conçue:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

3. Les tribunaux d'instance inférieure

a) La première instance

Après avoir examiné les dispositions pertinentes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et déterminé la méthode à employer pour interpré-

Charter, J. Holland J. turned specifically to the question of whether or not ss. 17(1) and 17(4) of the Act violated s. 8 of the *Charter*. He prefaced his analysis with the following remarks at p. 156:

Applying *Hunter et al v. Southam*, s. 8 guarantees a person's entitlement to a reasonable expectation of privacy with respect to his documents and records. The constitutional validity of a statute which authorizes seizure must focus on the impact which it has upon the subject. A person's expectation of privacy with respect to his business documents, books and records, is reasonable and considerable.

J. Holland J. defined a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* as "the taking hold, by a public authority, of a document or thing belonging to a person against that person's will" (p. 156). He found that the compulsory production of books and records authorized by ss. 17(1) and 17(4) was therefore a seizure. In so doing, he rejected the argument which succeeded in *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied March 8, 1984, [1984] 1 S.C.R. xiv, that compelled production was the equivalent of an administrative *subpoena duces tecum*. He stated at p. 158:

It must be accepted that the order here in question was given in what is a criminal proceeding. While there are a number of ways in which the documents and the information sought to be obtained therefrom *may* be used, it is, I feel, sufficient that one of those ways is to support a criminal prosecution against the corporation and/or the officers here named in the order to produce.

While the decision of the Federal Court of Appeal, above, is entitled to serious consideration, it is not binding on me and I am of the view that the order here constitutes a seizure within the meaning of that word as it is found in s. 8. Applying the direction of *Hunter v. Southam*, it is an invasion of the individual's reasonable expectation of a right to privacy re the documents, and with compulsion built in to enforce production.

Having found that compelled production under s. 17(1) constituted a seizure, the learned trial judge next considered whether the seizure was

ter la *Charte*, le juge Holland s'est penché spécifiquement sur la question de savoir si les par. 17(1) et (4) de la Loi allaient à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Son analyse est précédée des observations suivantes, à la p. 156:

[TRADUCTION] D'après l'arrêt *Hunter et autres c. Southam*, l'art. 8 garantit le droit d'une personne de s'attendre raisonnablement au respect du caractère confidentiel de ses documents et de ses archives. La constitutionnalité d'une loi autorisant les saisies doit dépendre de l'effet de ces saisies sur les personnes touchées. Dans le cas des documents, livres et archives se rapportant à ses entreprises commerciales, cette attente est raisonnable et considérable.

Le juge Holland a défini une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* comme [TRADUCTION] «l'appropriation par un pouvoir public d'un document ou d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 156). Il a conclu que la production obligatoire de livres et d'archives autorisée par les par. 17(1) et (4) constituait donc une saisie. Ce faisant, il a écarté l'argument voulant que la production forcée équivaille en matière administrative à un *subpoena duces tecum*, argument retenu dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée le 8 mars 1984, [1984] 1 R.C.S. xiv. Le juge Holland affirme, à la p. 158:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître que l'ordonnance en cause a été rendue dans le cadre de ce qui constitue une procédure criminelle. Quoique les documents et les renseignements qu'on désire en tirer *puissent* être utilisés de plusieurs façons, il suffit, à mon avis, que l'une de celles-ci consiste à étayer des poursuites criminelles intentées contre la société ou les cadres nommés dans l'ordonnance de production, ou les deux à la fois.

Certes, l'arrêt susmentionné de la Cour d'appel fédérale doit être pris sérieusement en considération, mais il ne me lie pas et j'estime que l'ordonnance en question ici constitue une saisie au sens où ce mot est employé à l'art. 8. Suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, il s'agit d'une atteinte au droit d'un individu de s'attendre raisonnablement au respect du caractère confidentiel de ses documents, et il y a un élément inhérent de contrainte destinée à assurer la production.

Ayant conclu que la production forcée en vertu du par. 17(1) constituait une saisie, le juge de première instance a ensuite examiné s'il s'agissait

reasonable. Applying *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, he stated at pp. 160-61 that:

... a legislative scheme which allows for seizure of documents and things in the context of a criminal investigation to comply with s. 8 of the Charter, the legislation must provide for:

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
- (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed;
- (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and
- (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.

He found that none of these prerequisites were met by s. 17. He stated at p. 159:

There is no requirement for prior authorization by an impartial assessor—indeed, the order is to be made by a member of the very commission which it is appointed under the statute to investigate. There is no built-in requirement of relevance, nor is there any limitation as to the scope of production in the statute. The documents themselves by s. 20(2) are not included in the protection given to oral evidence. By s. 45(2)(b) and (c), evidentiary presumptions are raised. No privilege against production is recognized in the statute.

Accordingly, J. Holland J. found that ss. 17(1) and 17(4) were contrary to s. 8 of the *Charter*. He also found that the provisions could not be justified under s. 1.

The learned trial judge next turned his attention to a consideration of s. 17(1), (2) and (8) in light of s. 7 of the *Charter*. After referring to this Court's decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, J. Holland J. stated that ss. 11(c) and 13 of the *Charter* were specific emana-

d'une saisie raisonnable. Appliquant l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il dit, aux pp. 160 et 161, que

[TRADUCTION] ... pour être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, un régime législatif autorisant la saisie de documents et d'objets dans le cadre d'une enquête criminelle doit comporter:

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

D'après le juge Holland, l'art. 17 ne remplissait aucune de ces conditions préalables. À la page 159, il affirme:

[TRADUCTION] Il n'y a rien qui exige une autorisation préalable par un arbitre impartial—en fait, l'ordonnance doit émaner d'un membre de la commission même qui est constituée en vertu de la loi pour procéder à l'enquête. Il n'y a pas d'exigence inhérente de pertinence et la Loi n'établit pas de restrictions quant à ce qui doit être produit. Le paragraphe 20(2) ne fait pas bénéficier les documents eux-mêmes de la protection accordée aux dépositions orales. Les alinéas 45(2)b) et c) créent des présomptions en matière de preuve. La Loi ne reconnaît aucune exemption de l'obligation de production.

Dans ces circonstances, le juge Holland a conclu que les par. 17(1) et (4) allaient à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Il a jugé en outre que ces dispositions ne pouvaient être justifiées en vertu de l'article premier.

Ensuite, le juge de première instance a examiné les par. 17(1), (2) et (8) en fonction de l'art. 7 de la *Charte*. Se référant d'abord à l'arrêt rendu par notre Cour dans le cadre du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Holland a dit que l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte*

tions of the s. 7 right. Having said this, he considered whether “the principles of fundamental justice” contained in s. 7 included any rights residual to those specifically enumerated in ss. 11(c) and 13.

He adopted the reasons given by Lysyk J. in *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (B.C.S.C.) and applied the majority decision of the British Columbia Court of Appeal in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724, leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. x. In so doing J. Holland J. concluded that the principles of fundamental justice did not include any rights in relation to non-compellability or self-incrimination other than those expressly provided in ss. 11(c) and 13. This approach was consistent with that taken in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, wherein Laskin J. (as he then was) ruled that s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* did not contain any rights residual to those contained in s. 2(d). Laskin J. had come to this conclusion because he thought it ill-advised to take a “piecemeal” approach to self-incrimination in the context of the *Canadian Bill of Rights*.

After reviewing *Curr* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (first enacted in 1893), J. Holland J. summarized his findings at pp. 180-81 as follows:

I am satisfied that since 1893, in Canada there has been no general principle of a privilege against self-incrimination.

The rights set out in s. 11(c) and s. 13, then, are the only rights against self-incrimination which are so deeply rooted in our law and tradition as to be fundamental. There is no residual right to fall within the ambit of the s. 7 term “fundamental justice”.

étaient des manifestations particulières du droit garanti par l’art. 7. Ayant fait cette remarque, il s’est demandé si «les principes de justice fondamentale» visés à l’art. 7 englobaient à titre résiduel des droits en sus de ceux expressément mentionnés à l’al. 11c) et à l’art. 13.

Le juge Holland a fait siens les motifs donnés par le juge Lysyk dans la décision *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (C.S.C.-B.), et a appliqué l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité dans l’affaire *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. x. Ce faisant, le juge Holland a conclu que les principes de justice fondamentale ne comportaient aucun droit de ne pas être contraint de témoigner ni aucun droit à une protection contre l’auto-incrimination, si ce n’est ceux expressément prévus à l’al. 11c) et à l’art. 13. Ce point de vue était conforme à celui adopté dans l’arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, où le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a statué que l’al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* ne renfermait pas de droits résiduels qui venaient s’ajouter aux droits énoncés à l’al. 2d). Si le juge Laskin a tiré cette conclusion, c’est parce qu’il a cru peu judicieux d’aborder «fragmentairement» l’auto-incrimination dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*.

À la suite de son étude de l’arrêt *Curr* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, (adopté pour la première fois en 1893), le juge Holland résume ainsi ses conclusions, aux pp. 180 et 181:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que depuis 1893 il n’existe au Canada aucun principe général de protection contre l’auto-incrimination.

Les droits énoncés à l’al. 11c) et à l’art. 13 sont en conséquence les seuls en matière de protection contre l’auto-incrimination à être fermement ancrés dans notre droit et notre tradition au point d’être fondamentaux. L’expression «justice fondamentale» employée à l’art. 7 n’englobe aucun droit résiduaire.

He concluded therefore that, while portions of s. 17 of the Act violated s. 8 of the *Charter*, there was no violation of s. 7.

(b) *The Ontario Court of Appeal* (Houlden, Thorson and Grange J.J.A.)

Grange J.A. wrote for the court. He dealt with the s. 7 issue first and began by considering whether s. 7 contained a residual right against self-incrimination. He stated at p. 261:

... I am of the view that the only rights against self-incrimination now known to our law are those found in ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, namely: the right of a person charged with an offence not to be compelled to be a witness in those proceedings and the right of a witness not to have incriminating evidence given by him used against him in subsequent proceedings.

We in Canada have no modern tradition against a witness incriminating himself by his own testimony. At least since 1893, when the *Canada Evidence Act* (S.C. 1893, c. 31) was amended to include what is now s. 5 (R.S.C. 1970, c. E-10) our tradition has been that every witness must answer questions legitimately put to him subject to the protections now found in s. 13 of the *Charter* and subject to the protection against compelling an accused person to testify in proceedings directed against him (s. 11(c) of the *Charter*). Once he testifies, however, he is no more protected than any other witness.

On the alleged right to remain silent, Grange J.A. held that "the right must be restricted to police inquiries and the like and the trial proceedings themselves" (p. 262).

Grange J.A. then moved to s. 8 of the *Charter* and considered whether s. 17 could be construed as authorizing a "seizure" within the meaning of that section. He concluded that the s. 17 procedure for the production of documents did not constitute a seizure. He stated at pp. 268-69:

What happens under s. 17 is that an order is issued. An order is of course to be obeyed and if it is obeyed then the consequence is much the same as a seizure under s. 10. But if it is not obeyed no penalty can be

Il a donc conclu que, si certaines parties de l'art. 17 de la Loi violaient l'art. 8 de la *Charte*, il n'y avait aucune violation de l'art. 7.

b) *La Cour d'appel de l'Ontario* (les juges Houlden, Thorson et Grange)

C'est le juge Grange qui a rédigé les motifs de la cour. Se penchant en premier lieu sur la question de l'art. 7, il a commencé par examiner si ce dernier renfermait un droit résiduel à la protection contre l'auto-incrimination. Voici ce qu'il affirme, à la p. 261:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que les seuls droits à la protection contre l'auto-incrimination reconnus actuellement en droit canadien sont ceux énoncés à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la *Charte*, c'est-à-dire, le droit d'un inculpé dans une poursuite de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans celle-ci et le droit d'un témoin à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé contre lui dans des procédures ultérieures.

Au Canada, nous n'avons pas de tradition moderne selon laquelle un témoin ne peut s'incriminer par son propre témoignage. Depuis au moins 1893, quand l'*Acte de la preuve en Canada* (S.C. 1893, ch. 31), a été modifié par l'insertion de ce qui constitue maintenant l'art. 5 (S.R.C. 1970, ch. E-10), l'usage canadien a voulu que tout témoin soit tenu de répondre aux questions qu'on lui pose légitimement, sous réserve des protections présentement accordées par l'art. 13 de la *Charte* et sous réserve de la protection dont jouit un inculpé contre l'obligation de témoigner dans des procédures engagées contre lui (l'al. 11c) de la *Charte*). Du moment qu'il témoigne, toutefois, il n'est pas plus protégé qu'un autre témoin.

En ce qui concerne le droit de garder le silence, le juge Grange a dit que [TRADUCTION] «ce droit doit se limiter aux enquêtes policières et à d'autres enquêtes du genre ainsi qu'au procès lui-même» (p. 262).

Le juge Grange, passant alors à l'art. 8 de la *Charte*, a examiné si l'art. 17 pouvait s'interpréter comme autorisant une «saisie» au sens de cet article. Il en conclut que la procédure prescrite à l'art. 17 pour la production de documents ne constituait pas une saisie. Il affirme ceci, aux pp. 268 et 269:

[TRADUCTION] Ce qui se passe sous le régime de l'art. 17 est qu'une ordonnance est rendue. Il faut évidemment obtempérer à une ordonnance et, si on le fait, cela a sensiblement le même effet qu'une saisie effectuée en

imposed without the matter being considered by an impartial judicial arbiter. Moreover, as appears from *Director of Investigation & Research v. Restrictive Trade Practices Com'n et al.*, *supra*, the order can be attacked on motion to review before it takes effect. The result of the order is really no different from that consequent upon the issuance of a *subpoena duces tecum* which can be issued in either civil or criminal proceedings without any requirement of assessing its reasonableness and the conflicting interests of the parties.

It is not necessary to formulate a general rule as to what constitutes a seizure; it is sufficient to say that the s. 8 prohibition does not encompass an order requiring the production of documents so long as the section authorizing the order (or the law apart from that section) gives the person required to produce a reasonable opportunity to dispute the order and prevent the surrender of the documents. That in my view is precisely the position under s. 17.

Moreover, even if s. 17 did contemplate a seizure Grange J.A. found that the seizure process was reasonable. He took pains to distinguish the s. 17 procedure from the s. 10 procedure which was struck down by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. At pages 269-70 he quoted from the reasons of Marceau J. in *Ziegler v. Hunter*, *supra*, at p. 629:

It is evident that the essential characteristic of the situation created by a search and seizure order (and clearly the only one that explains the reaction of both judges) is that a public officer is there bestowed with authority to force his way, at any time suitable to him and without warning, into the home or business premises of a person and search for and seize documents or things that he may lay his hands on. Such a characteristic is absolutely alien to the situation resulting from the service of a *subpoena duces tecum*, whatever the nature and the number of the documents asked for. The two situations have nothing in common as regards the intrusion into the home and privacy of an individual. The necessity to protect the citizens and their homes against a possible abuse of search powers in no way compares with the need that might be felt of keeping some control over the issuance of *subpoena duces tecum*.

vertu de l'art. 10. Mais si on n'y obtempère pas, aucune peine ne peut être infligée sans que l'affaire ne fasse l'objet d'un examen par un arbitre impartial agissant de façon judiciaire. De plus, et c'est ce qui ressort de l'arrêt *a Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce et al.*, précité, l'ordonnance peut être attaquée par voie de requête en contrôle judiciaire avant qu'elle ne soit exécutoire. Sur le plan des conséquences, l'ordonnance n'est guère différente d'un *subpoena duces tecum*, lequel peut être délivré soit dans des procédures civiles, soit dans des procédures criminelles, sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le caractère raisonnable ni de soupeser les intérêts opposés des parties.

Il n'est pas nécessaire de formuler une règle générale établissant ce qui constitue une saisie; il suffit de signaler que l'interdiction prononcée à l'art. 8 ne s'applique pas à une ordonnance exigeant la production de documents, pourvu que la disposition autorisant l'ordonnance (ou la loi indépendamment de cette disposition) donne à la personne qui doit les produire une possibilité raisonnable de contester cette ordonnance et d'empêcher la remise des documents. À mon avis, c'est précisément là la situation qui se présente à l'art. 17.

De plus, même si l'art. 17 envisageait une saisie, le juge Grange a estimé que le processus de saisie était raisonnable. Il s'est appliqué à distinguer la procédure prévue par l'art. 17 d'avec celle de l'art. 10 qui a été écartée par notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Aux pages 269 et 270, il cite un passage tiré des motifs du juge Marceau dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, précitée, à la p. 629:

Il est évident que la caractéristique essentielle de la situation créée par une ordonnance de perquisition et de saisie (et certes, la seule qui explique la réaction des deux juges) tient à ce qu'un agent public reçoit là le pouvoir d'entrer de force, au moment qui lui convient et sans donner d'avertissement, dans la demeure ou dans les locaux commerciaux d'une personne, pour y chercher et saisir des documents ou objets qu'il peut y trouver. Cette caractéristique est totalement absente de la situation créée par la signification d'un *subpoena duces tecum*, peu importe la nature et le nombre des documents demandés. Les deux situations n'ont rien de commun en ce qui concerne l'intrusion dans la demeure et la vie privée d'un individu. La nécessité de protéger les citoyens contre un usage abusif éventuel des pouvoirs de perquisition n'est absolument pas comparable avec le besoin que l'on pourrait ressentir de garder un certain contrôle sur la délivrance de *subpoenas duces tecum*.

The Ontario Court of Appeal accordingly found that s. 17 breached neither s. 7 nor s. 8 of the *Charter*.

4. Analysis

In order to determine whether s. 17 of the Act conflicts with s. 7 or s. 8 of the *Charter* it is necessary to construe it in its proper legislative context.

Combines legislation has had a long history in Canada. Dickson J., as he then was, provided a brief historical summary of this legislation in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at pp. 250-54. He described the origins of the statute at p. 250:

The original statute, passed in 1889, was entitled *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, 1889 (Can.), c. 41. The statute was motivated by concern over the emergence in Canada of smaller versions of the huge trusts in the United States, through which a few personalities could control enormous financial empires. The combines problem was seen as one with strong moral overtones and criminal sanctions were selected as the appropriate means for its control: see McDonald, *Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws* (1965), 4 Alta. L.R. 67, at pp. 69-71.

Since that time the legislation has undergone significant change and may to some extent have lost its initial coherence. As Estey J. pointed out in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at pp. 194-95:

The statutory scheme was no doubt clear and consistent when the statute was first enacted. It has over the years had new provisions patched on, older sections deleted, phrases wedged in or subsections carved out until the meaning of some of the provisions is obscure. By the time of its revision in 1986, the statutory scheme seriously lacked any symmetry.

In the revision of 1986 referred to by Estey J. the Act was renamed the *Competition Act*: see S.C. 1986, c. 26. We are concerned in this case, however, with the pre-1986 legislation which continues

La Cour d'appel de l'Ontario a donc conclu que l'art. 17 ne violait ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte*.

a 4. Analyse

Pour déterminer s'il entre en conflit avec les art. 7 ou 8 de la *Charte*, il nous faut situer l'art. 17 de la Loi dans son véritable contexte législatif.

b Voilà bien longtemps que le Canada possède une loi relative aux coalitions. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, aux pp. 250 à 254, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, trace un bref historique de cette loi dont il décrit les origines, à la p. 250:

c Quand elle a été adoptée pour la première fois en 1889, la loi s'intitulait *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, 1889 (Can.), chap. 41. Cette loi découle de l'inquiétude qu'on éprouvait face à l'émergence au Canada de cartels qui, tout en étant plus petits que ceux existant aux États-Unis, permettaient à quelques individus de contrôler d'énormes empires financiers. Le problème des coalitions était perçu comme ayant de fortes connotations morales et c'est par des sanctions pénales qu'on a tenté de le résoudre: voir McDonald, *Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws* (1965), 4 Alta. L.R. 67, aux pp. 69 à 71.

d Depuis lors, la Loi a subi des modifications profondes et peut dans une certaine mesure avoir perdu sa cohérence initiale. Ainsi que le fait remarquer le juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, aux pp. 194 et 195:

e L'économie de la loi était sans doute claire et cohérente lorsqu'elle fut adoptée pour la première fois. Mais, au cours des années, de nouvelles dispositions y ont été greffées, d'anciens articles ont été supprimés, des adjonctions intercalées ou des paragraphes enlevés, au point de rendre obscur le sens de certaines dispositions. À l'époque de sa révision, en 1986, l'économie de la Loi péchait gravement par manque de symétrie.

f Dans la révision de 1986 dont parle le juge Estey, la Loi a reçu un nouveau titre, celui de *Loi sur la concurrence*: voir S.C. 1986, ch. 26. Ce qui nous intéresse toutefois en l'espèce est la Loi telle

to apply to inquiries commenced before the revision came into force.

The Act (as amended up to 1986) provides for a system of investigation and research which allows the Director to determine facts relevant to particular issues of market behaviour, including breaches of prescribed guidelines set forth in the Act. In carrying out his duties the Director can obtain information in several ways. By virtue of s. 8 the Director is obliged to commence an inquiry when he has received an application from six persons who are of the opinion that a violation of the Act has or is about to occur. He must also commence an inquiry when he himself has reason to believe that a violation has or is about to occur or when he is directed to do so by the Minister of Consumer and Corporate Affairs. Section 9 allows the Director at any time during the course of an inquiry to require any person to make a written return under oath or affirmation. He may also, pursuant to s. 12, require evidence upon affidavit or written affirmation once approval has been granted from the Commission on an *ex parte* application.

Another fact finding method is created by s. 17 of the Act. Since this is the section under review in the present appeal, I set it out in its entirety:

17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

qu'elle était antérieurement à 1986, car c'est elle qui continue de s'appliquer aux enquêtes commencées avant l'entrée en vigueur de la version révisée.

^a La Loi (telle que modifiée jusqu'en 1986) crée un système d'enquêtes et de recherches qui permet au directeur d'établir les faits relatifs à des questions particulières touchant la manière dont on se conduit en matière commerciale, y compris les manquements aux principes directeurs exposés dans la Loi. Dans l'exercice de ses fonctions, le directeur peut obtenir des renseignements de plusieurs façons. Suivant l'art. 8, le directeur est tenu de procéder à une enquête lorsque six personnes qui sont d'avis qu'une infraction à la Loi a été commise ou est sur le point de l'être lui en font la demande. Il doit en outre ouvrir une enquête lorsqu'il a lui-même des raisons de croire qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction ou lorsque le ministre de la Consommation et des Corporations lui ordonne de le faire. En vertu de l'art. 9, le directeur peut en tout temps, au cours d'une enquête, exiger de toute personne qu'elle dresse un état écrit sous serment ou affirmation. Il peut aussi, conformément à l'art. 12, exiger la production d'une preuve sur affidavit ou affirmation écrite une fois obtenue l'approbation de la Commission sur demande *ex parte*.

^g Une autre méthode de cueillette d'éléments de preuve est prévue à l'art. 17 de la Loi. Comme c'est cet article qui fait l'objet d'un examen dans le présent pourvoi, je le reproduis intégralement:

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the manner disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

As can be seen from the above, the Director, on an *ex parte* application, or a Commission member on his own motion, may compel the attendance of an individual to be examined under oath. That individual may also be compelled to produce records or other documents. The section 17 proce-

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un membre de la Commission.

Il ressort de ces dispositions que le directeur, sur demande *ex parte*, ou un membre de la Commission de sa propre initiative, peut contraindre une personne à comparaître pour subir un interrogatoire sous serment. Cette personne peut également être forcée de produire des archives ou d'autres

dure may take place in conjunction with a s. 8 inquiry but may also be conducted independently of such inquiry. The Director need not have any belief that a violation of the Act has occurred when applying for a s. 17 order. He is not obliged to disclose the grounds for obtaining the order and he need not disclose the name of the person, if any, who is suspected of having violated the Act. There are no provisions governing the conduct of the hearing. That is left to the person conducting the hearing. A person who refuses to comply with an order under s. 17 can be punished by the Commission on an application to a judge pursuant to s. 17(3). A refusal may constitute an offence under ss. 40, 41 or 46.1 of the Act.

Section 20 of the Act is also relevant to the determination of this appeal. It provides:

20. (1) A member of the Commission may allow any person whose conduct is being inquired into and shall permit any person who is being himself examined under oath to be represented by counsel.

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

This Court held in *Irvine, supra*, that s. 20(1) granted a limited right to counsel to those being examined under oath. Counsel can object to improper questions being put to his client and can re-examine his client to clarify the client's testimony. However, counsel is not entitled to be present at the examination of other witnesses and so obviously cannot cross-examine them. With regard to

documents. La procédure dont il est question à l'art. 17 peut se dérouler en même temps qu'une enquête fondée sur l'art. 8, mais elle peut aussi avoir lieu indépendamment d'une telle enquête. Il n'est pas nécessaire que le directeur croie qu'il y a eu violation de la Loi lorsqu'il demande une ordonnance visée à l'art. 17. Il n'est pas tenu de divulguer les motifs de l'obtention de l'ordonnance et il n'a pas à révéler le nom de la personne, s'il en est, qu'on soupçonne d'avoir enfreint la Loi. Comme il n'y a aucune disposition qui régit la tenue de l'audience, c'est la personne qui préside qui décide de la manière dont l'audience sera tenue. Quiconque refuse d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut se voir infliger une peine par la Commission sur demande adressée à un juge conformément au par. 17(3). Le refus d'obtempérer peut constituer une infraction en vertu des art. 40, 41 ou 46.1 de la Loi.

L'article 20 de la Loi est également utile pour statuer sur le présent pourvoi. En voici le texte:

20. (1) Un membre de la Commission peut permettre à toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête, et doit permettre à quiconque est personnellement interrogé sous serment d'être représenté par un avocat.

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Irvine*, précité, que le par. 20(1) conférait à ceux qui subissaient un interrogatoire sous serment un droit limité à l'assistance d'un avocat. L'avocat peut s'opposer à ce que soient posées à son client des questions irrégulières et peut le soumettre à un nouvel interrogatoire afin d'élucider son témoignage. L'avocat n'a toutefois pas le droit d'assister à l'interroga-

persons whose conduct is being inquired into under the Act, s. 20(1) gives the Commission a discretion to permit them to be represented by counsel. The language of the section is permissive. It is conceivable, therefore, that a person whose conduct is being inquired into will not be informed of that fact and may not be permitted to have counsel, depending upon how the Commission exercises its discretion.

Section 20(2) grants protection to witnesses similar to that provided in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. No oral evidence given by a witness can subsequently be used against him except on a charge for perjury. However, nothing in the section protects the witness from the use of derivative evidence obtained as a result of his testimony. Moreover, nothing in s. 20(2) prevents the use of the documents against the witness. In fact, the Act creates certain evidentiary presumptions with regard to documentary evidence (see s. 45).

A section 17 hearing does not determine any rights or impose any liabilities. A variety of uses may be made of the information obtained as a result of the s. 17 hearing. Under section 14(1) the Director can terminate any inquiry currently in progress. Under section 15 he can forward materials to the Attorney General of Canada for review and further action. Section 15 provides:

15. (1) The Director may, at any stage of an inquiry, and in addition to or in lieu of continuing the inquiry, remit any records, returns or evidence to the Attorney General of Canada for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against this Act, and for such action as the Attorney General of Canada may be pleased to take.

(2) The Attorney General of Canada may institute and conduct any prosecution or other proceedings under this Act, and for such purposes he may exercise all the powers and functions conferred by the *Criminal Code* on the attorney general of a province.

Under section 18, the Director can, at any stage of an inquiry, if he is of the opinion that the

toire d'autres témoins et, en conséquence, il ne peut évidemment pas les contre-interroger. Pour ce qui est des personnes dont la conduite fait l'objet d'une enquête en vertu de la Loi, le par. 20(1) investit la Commission du pouvoir discrétionnaire de leur permettre d'être représentées par un avocat. Cette disposition crée une faculté. Il est donc concevable qu'une personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête n'en soit pas informée et qu'on lui refuse l'assistance d'un avocat. Cela dépendra de la manière dont la Commission exercera son pouvoir discrétionnaire.

Le paragraphe 20(2) accorde aux témoins une protection semblable à celle prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Aucun témoignage oral donné par un témoin ne peut par la suite être utilisé contre lui, sauf s'il est accusé de parjure. Le paragraphe 20(2) ne protège cependant pas le témoin contre l'utilisation de la preuve dérivée obtenue grâce à son témoignage. D'autre part, il n'y a rien au par. 20(2) qui empêche l'utilisation des documents contre le témoin. En fait, la Loi crée certaines présomptions relativement à la preuve documentaire (voir l'art. 45).

Une audience tenue en vertu de l'art. 17 ne sert ni à déterminer des droits ni à imposer des responsabilités. Les renseignements y recueillis peuvent être utilisés de diverses façons. Le paragraphe 14(1) autorise le directeur à mettre fin à toute enquête en cours. Suivant l'art. 15, il peut faire parvenir des documents au procureur général du Canada afin que celui-ci les examine et prenne les mesures qui s'imposent. L'article 15 porte:

15. (1) Le directeur peut, à toute étape d'une enquête et en plus ou au lieu de la continuer, remettre tous dossiers, rapports ou preuve au procureur général du Canada pour examen sur la question de savoir si l'on a commis ou si l'on est sur le point de commettre une infraction à la présente loi, et pour toutes mesures qu'il plaît au procureur général du Canada de prendre.

(2) Le procureur général du Canada peut intenter et conduire toutes poursuites ou autres procédures prévues par la présente loi. À ces fins, il peut exercer tous les pouvoirs et fonctions que le *Code criminel* confère au procureur général d'une province.

Aux termes de l'art. 18, le directeur, s'il est d'avis que la preuve révèle la perpétration d'une

evidence discloses an offence, prepare a statement of the evidence and submit it to the Commission and the person against whom the allegations are made. Upon receipt of the statement the Commission is compelled under s. 18(2) to set a place, time and date at which argument on the statement will be heard from the Director and the person to whom the matter relates. After this hearing the Commission is obliged to prepare a report for the Minister. Section 22 outlines other circumstances in which the Commission can prepare a report for the Minister. The Director may also as a result of a s. 17 hearing bring an application pursuant to Part IV.1 of the Act at which time he must prove his case as in a civil trial.

In summary of the above it is apparent that the Act contains numerous provisions enabling the Director to collect information relating to anti-competitive behaviour. Once this information has been obtained a variety of uses can be made of it, including the referral of the matter to the Attorney General of Canada for possible prosecution. It is with this legislative framework in mind that we must decide whether s. 17 is inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter*.

Section 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court ruled that s. 7 of the *Charter* had no application to corporations and was confined to the protection of human beings. Since no individuals were named as parties in that case, s. 7 could not be successfully invoked. However, in this appeal three of the appellants are individuals. If section 17 of the *Combines Investigation Act* violates these individuals' rights and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, it is rendered of no force or effect as a result of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Since the *Combines*

infraction, peut, à toute étape d'une enquête, préparer un exposé de cette preuve et le soumettre à la Commission ainsi qu'à la personne contre qui les allégations sont faites. Sur réception de l'exposé, la Commission est tenue en vertu du par. 18(2) de fixer un lieu, un jour et une heure où seront entendus les arguments relatifs à l'exposé présentés par le directeur et par la personne visée par les allégations. À la suite de cette audience, la Commission doit dresser un rapport à l'intention du Ministre. L'article 22 expose d'autres circonstances dans lesquelles la Commission peut dresser un rapport destiné au Ministre. En outre, le directeur peut, à la suite d'une audience tenue en vertu de l'art. 17, présenter une demande conformément à la partie IV.1 de la Loi, et il doit alors faire sa preuve comme s'il s'agissait d'un procès civil.

Pour résumer ce qui précède, il appert que la Loi contient de nombreuses dispositions qui habilite le directeur à recueillir des renseignements relatifs à toute conduite visant à éliminer la concurrence. Une fois qu'il a obtenu ces renseignements, il peut s'en servir de différentes manières, notamment en renvoyant l'affaire au procureur général du Canada pour que des poursuites soient éventuellement engagées. C'est en fonction de ce cadre législatif que nous devons décider si l'art. 17 est incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte*.

L'article 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* dispose:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a décidé que l'art. 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas aux personnes morales et ne protégeait que les personnes physiques. Comme aucun particulier n'avait été constitué partie dans cette affaire, on ne pouvait se prévaloir de l'art. 7. Toutefois, trois des appelants dans le présent pourvoi sont des particuliers. Donc, si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* porte atteinte aux droits de ces derniers et ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, il est rendu

Investigation Act does not provide for separate treatment of human beings and corporations, it follows that if s. 17 is of no force or effect in respect of human beings it must also be of no force or effect in respect of corporations. This appeal is therefore distinguishable from the *Irwin Toy* case. Consequently, the s. 7 issue raised by the appellants must be squarely addressed in this appeal.

The general framework for interpreting s. 7 of the *Charter* has now been settled by this Court. As with all provisions of the *Charter* s. 7 must be interpreted purposively, bearing in mind the interests it was designed to protect: see *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at pp. 499-500. In order to succeed under s. 7, an applicant must show that his right to life, liberty and security of the person has been violated and that the violation which occurred was contrary to the principles of fundamental justice.

(a) Life, Liberty and Security of the Person

While the concepts of "life, liberty and security of the person" are closely linked in s. 7, it is not necessary for the citizen to show that his right to life, his right to liberty and his right to security of the person have all been violated in order to constitute a breach of the section. It is sufficient that one of them has been violated: see *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. The appellants submit that their liberty and security of the person have been violated because s. 17 compels them to attend before an examiner against their will and give testimony at the risk of punishment for failure to comply with that demand. They argue that their security of the person has been violated also by the fact that governmental authorities, while unable to introduce the s. 17 testimony directly in criminal proceedings, can obtain and utilize derivative evidence in such criminal proceedings. They assert as well that the s. 17 investigative process constitutes

inopérant par suite de l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Puisque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne prévoit pas pour les personnes physiques un traitement différent de celui accordé aux personnes morales, il s'ensuit que si l'art. 17 est inopérant à l'égard des personnes physiques, il doit l'être également dans le cas de personnes morales. On peut en conséquence faire une distinction entre le présent pourvoi et l'affaire *Irwin Toy*. Cela étant, la question relative à l'art. 7 soulevée par les appelants doit être abordée directement en l'espèce.

Notre Cour a déjà établi le cadre général dans lequel il faut interpréter l'art. 7 de la *Charte*. Comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit s'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise, eu égard aux droits qu'il est destiné à protéger: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 499 et 500. Pour obtenir gain de cause en vertu de l'art. 7, un requérant doit démontrer qu'il a été victime d'une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et que cette atteinte violait les principes de justice fondamentale.

a) La vie, la liberté et la sécurité de la personne

Bien que les notions de «vie», de «liberté» et de «sécurité de sa personne» que renferme l'art. 7 soient intimement liées, un citoyen n'a pas à prouver que son droit à la vie, son droit à la liberté et son droit à la sécurité de sa personne ont tous été violés pour qu'il y ait infraction à cet article. Il suffit qu'un seul de ces droits ait été violé: voir l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Les appelants prétendent avoir été victimes d'une atteinte à leur liberté et à la sécurité de leur personne du fait que l'art. 17 les contraint à comparaître contre leur gré devant un enquêteur et à témoigner, sous peine de se voir infliger une punition s'ils n'obéissent pas. Ils soutiennent que le droit à la sécurité de leur personne a été violé aussi du fait que les autorités gouvernementales, bien qu'elles ne puissent produire directement dans des procédures criminelles les témoignages recueillis en vertu de l'art. 17, peuvent obtenir et utiliser dans de telles procédures des éléments de preuve dérivée. Les appelants affirment en outre que le processus d'enquête

a state-imposed trauma which adversely affects their liberty and security of the person.

The respondents for their part contend that the right to liberty and security of the person is not absolute and should be confined to the maintenance of the physical integrity of the person. They rely in part on the words of Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 785-86:

In my opinion "liberty" in s. 7 of the *Charter* is not synonymous with unconstrained freedom. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 524, Wilson J. observed:

Indeed, all regulatory offences impose some restriction on liberty broadly construed. But I think it will trivialize the *Charter* to sweep all those offences into s. 7 as violations of the right to life, liberty and security of the person even if they can be sustained under s. 1.

Whatever the precise contours of "liberty" in s. 7, I cannot accept that it extends to an unconstrained right to transact business whenever one wishes.

The respondents stress that s. 17 merely authorizes a fact-finding procedure and does not create any liability or impose any punishment. Moreover, they deny that s. 17 compels the attendance of an individual since he can challenge the order to appear either by way of judicial review or when the Commission applies to a court pursuant to s. 17(3) to punish the individual for non-compliance with the order to appear.

It is not necessary for me to attempt to determine the perimeters of "liberty" and "security of the person". Clearly, they must be subject to some limits; otherwise any tenuous restriction placed on an individual would constitute a violation of liberty and security of the person. There is, however, in my view a vast difference between a general regulatory scheme (such as the rules of the road for motorists) designed to give some order to human behaviour and a state-imposed compulsion on an individual to appear at proceedings against

établi par l'art. 17 constitue un traumatisme provoqué par l'État, qui nuit à leur liberté et à la sécurité de leur personne.

^a Les intimés pour leur part allèguent que le droit à la liberté et à la sécurité de la personne n'est pas absolu et qu'il devrait se limiter à la préservation de l'intégrité physique de l'individu. Ils se fondent en partie sur les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786:

^b À mon avis, le terme «liberté» de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 524, le juge Wilson fait remarquer ce qui suit:

^d En fait, toutes les infractions de nature réglementaire imposent une certaine limite à la liberté au sens large. Mais je crois que ce serait banaliser la *Charte* que d'assujettir toutes ces infractions à l'art. 7 comme étant des violations du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, même si elles peuvent être maintenues en vertu de l'article premier.

^e Quel que soit le sens précis du terme «liberté» à l'art. 7, je ne saurais accepter qu'il aille jusqu'à s'entendre du droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut.

^f Les intimés soulignent que l'art. 17 ne fait qu'autoriser une procédure de constatation de faits et qu'il ne crée aucune responsabilité ni n'inflige aucune peine. De plus, ils nient que l'art. 17 impose à une personne une obligation de comparaître, puisque l'ordonnance de comparution peut être contestée soit par voie de contrôle judiciaire, soit lorsque la Commission demande à une cour, conformément au par. 17(3), l'autorisation d'infliger à cette personne une peine pour ne pas avoir obtempéré à l'ordonnance de comparution.

^h Il n'est pas nécessaire que je tente de délimiter la portée des termes «liberté» et «sécurité de [la] personne». Ceux-ci doivent évidemment connaître certaines limites, sinon toute restriction, si minime soit-elle, imposée à un individu constituerait une atteinte à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il y a toutefois, selon moi, une différence énorme entre un régime général de réglementation (comme le code de la route pour les automobilistes) destiné à apporter de l'ordre à la conduite humaine et une contrainte exercée par l'État sur

his will and testify on pain of punishment if he refuses. The difference is even greater, in my view, where the compelled testimony given by the individual may be used to build a case against him in what is, in effect, a subsequent criminal prosecution. It is my opinion that this compulsion, linked as it is to the criminal process, touches upon the physical integrity of the individual as well as that individual's reasonable expectation of privacy. The fact that the s. 17 procedure is in itself "investigatory" as opposed to "prosecutorial" seems to me to be irrelevant when a criminal prosecution is a potential consequence of the s. 17 investigation. Nor do I think that the fact that the individual may challenge the proceedings by way of judicial review or under s. 17(3) means that his rights are not violated. Such considerations may be relevant in considering whether the principles of fundamental justice have been violated or whether the legislation is sustainable under s. 1 of the *Charter* but are not relevant in determining whether the right to liberty and security of the person has been violated. I would conclude therefore that s. 17 of the Act violates a person's right to liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

(b) The Principles of Fundamental Justice

The appellants, in order to establish a violation of their s. 7 rights, must show that the infringement of their right to liberty and security of the person was not in accordance with the principles of fundamental justice. Lamer J., speaking for a majority of the Court in *Re: B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, set forth the guidelines for determining the content of the principles of fundamental justice. He stated at pp. 502-3:

Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It

un individu afin qu'il comparaisse contre son gré à des procédures pour y témoigner, sous peine de punition s'il refuse. Cette différence est même plus grande, selon moi, lorsque le témoignage forcé que donne cet individu peut être utilisé contre lui dans ce qui constitue en réalité des poursuites criminelles ultérieures. À mon avis, cette contrainte, liée comme elle l'est au processus criminel, porte atteinte à la fois à l'intégrité physique de l'individu et à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Le fait que la procédure prévue à l'art. 17 présente en soi le caractère d'une «enquête» plutôt que celui d'une «poursuite» ne me semble pas tirer à conséquence lorsque des poursuites criminelles peuvent résulter de l'enquête fondée sur l'art. 17. Je ne crois pas non plus que le fait que la personne contrainte à comparaître puisse contester les procédures soit par voie de contrôle judiciaire, soit en vertu du par. 17(3), signifie qu'elle n'a pas été victime d'une atteinte à ses droits. De telles considérations pourront être pertinentes lorsqu'il s'agit d'examiner s'il y a eu violation des principes de justice fondamentale ou si la mesure législative peut être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais elles ne le sont pas aux fins de déterminer s'il y a eu violation du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Je conclus donc que l'art. 17 de la Loi porte atteinte au droit d'une personne à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

b) Les principes de justice fondamentale

Les appelants, pour établir une violation des droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7, doivent démontrer que l'atteinte à leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, énonce les lignes directrices à suivre pour déterminer le contenu des principes de justice fondamentale. Voici ce qu'il dit, aux pp. 502 et 503:

En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la

would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14. The alternative, which is to interpret all of ss. 8 to 14 in a "narrow and technical" manner for the sake of congruity, is out of the question (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker, supra*, at p. 366).

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section". Clearly, some of those sections embody principles that are beyond what could be characterized as "procedural".

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice". In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14. La solution de rechange, qui consiste à interpréter l'ensemble des art. 8 à 14 de façon «étroite et formaliste» par souci d'uniformité est hors de question (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 366).

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article». Manifestement, certains de ces articles énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la «procédure».

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale». En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, *c.-à-d.* les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

The appellants assert that s. 17 is contrary to two principles of fundamental justice, namely the right against self-incrimination and the right not to be compelled to give evidence against oneself or the right to remain silent. These two rights are touched upon in other provisions of the *Charter*. Section 13 provides an individual with a limited protection against self-incrimination. It reads:

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

Section 11(c) provides a limited right of non-compellability:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

The appellants are not in a position to take advantage of either s. 13 or s. 11(c). However, they claim that s. 7 protects similar rights in contexts other than those to which ss. 13 and 11(c) apply. The respondents resist this claim on the basis of this Court's decision in *Curr*, *supra*. In that case the accused challenged what was then s. 223(2) of the *Criminal Code* which provided that a person who without reasonable excuse fails to comply with a request to give a breath sample is guilty of an offence. The accused argued that the law was inconsistent with s. 2(d), (e) and (f) and s. 1(a) and (b) of the *Canadian Bill of Rights*. Of importance in this appeal are ss. 1(a) and 2(d) which provide:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

Les appelants prétendent que l'art. 17 va à l'encontre de deux principes de justice fondamentale, savoir le droit d'être protégé contre l'auto-incrimination et le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même ou le droit de garder le silence. Ces deux droits sont visés par d'autres dispositions de la *Charte*. L'article 13 offre aux particuliers une protection limitée contre l'auto-incrimination; il est ainsi conçu:

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

L'alinéa 11c) prévoit un droit limité de non-contrainabilité:

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

Les appelants ne sont en mesure de se prévaloir ni de l'art. 13 ni de l'al. 11c). Ils soutiennent cependant que l'art. 7 garantit des droits analogues dans des contextes autres que ceux auxquels s'appliquent l'art. 13 et l'al. 11c). À cet argument les intimés opposent l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *Curr*, précitée. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté ce qui était alors le par. 223(2) du *Code criminel*, qui disposait que quiconque, sans excuse raisonnable, faisait défaut d'obtempérer à une demande d'échantillon d'haleine se rendait coupable d'une infraction. L'accusé a allégué que cette règle de droit était incompatible avec les al. 2d), e) et f) et les al. 1a) et b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Les dispositions importantes aux fins du présent pourvoi sont celles des al. 1a) et 2d) qui portent:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self crimination or other constitutional safeguards;

d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel;

In declining to read a residual 2(d) right into s. 1(a) Laskin J. stated at pp. 913-14:

Le juge Laskin, refusant d'interpréter l'al. 1a) comme renfermant le droit résiduel énoncé à l'al. 2d), affirme, aux pp. 913 et 914:

I do not think that the *Canadian Bill of Rights* can be construed as having taken a piecemeal approach to the privilege against self-crimination. The history of the privilege as a Canadian derivative from the English common law is accurately reflected in the way it is expressed in s. 2(d): see 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision, 1961), #2250, pp. 284 ff. The scope or policy of the privilege may be another thing, as it has proved to be under its constitutional formulation in the United States. Unless s. 2(d), where the privilege is expressed, yields room to take policy beyond history—and I have already dealt with s. 2(d) in this respect—I do not think that s. 1(a), where there is no reference to the privilege and whose words provide no historical warrant for embracing it, can be taken to include in its protection an extension of the privilege beyond what is found in s. 2(d).

Je ne crois pas que la *Déclaration canadienne des droits* puisse s'interpréter comme abordant fragmentairement la question du privilège relatif à la protection d'une personne contre son propre témoignage. L'évolution, au Canada, de ce privilège, qui est tiré de la common law anglaise, est bien représentée dans la façon dont il est énoncé à l'art. 2(d): voir 8 *Wigmore on Evidence* (révision McNaughton, 1961), #2250, pp. 284 et s. L'étendue ou l'orientation du privilège peut être une toute autre chose, comme le prouve la formulation de ce privilège dans la constitution américaine. À moins qu'à l'art. 2(d), où le privilège est énoncé, l'orientation l'emporte sur l'évolution historique, et j'ai déjà traité de cet article 2(d) à cet égard, je ne crois pas que l'art. 1(a), qui ne fait pas mention du privilège et dont les termes ne fournissent aucune justification historique de l'y inclure, puisse être interprété comme protégeant également un prolongement du privilège défini à l'art. 2(d).

No doubt, the generous words of s. 1(a) may bring to mind matters other than protection against self-crimination for which protection may be sought thereunder, failing their specific mention elsewhere in the *Canadian Bill of Rights*. I do not propose to speculate on them; their day of decision may come, but in this case I am concerned with a submission that although self-crimination is expressly dealt with in one provision of the statute, this Court should find another expression thereof in another provision of the same statute where it is not expressly mentioned.

Sans doute, les termes généraux de l'art. 1(a) peuvent évoquer des matières, autres que la protection contre l'auto-accusation, contre lesquelles on peut demander la protection de cet article, quand ces matières ne sont pas spécifiées ailleurs dans la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne me propose pas de faire des conjectures à leur sujet; elles feront peut-être un jour l'objet d'une décision, mais en l'espèce, la prétention que je dois examiner est que bien qu'un article de la loi traite expressément de la protection d'une personne contre son propre témoignage, cette Cour devrait conclure qu'une autre disposition de la même loi traite de cette question, sans toutefois le faire de façon expresse.

There is a distinction to be drawn in respect of the privilege which is commanded by the experience with it in this country and in the United States. The point in the criminal process at which the privilege can be asserted is one thing; what the privilege embraces at that point is something else. It is my conclusion that the point of assertion has been fixed in s. 2(d) and I do not think I can invoke s. 1(a) to shift it to a stage which would make it effective against s. 223.

The respondents urge a similar approach to s. 7. Support for their view is found in *Re Transpacific Tours Ltd.*, *supra*, which dealt with this very issue. Lysyk J. quoted from *Curr* and stated at p. 213:

The reasons of the majority of the Supreme Court of Canada in *Curr*, speaking through Laskin J., nevertheless command careful attention. Firstly, the analysis in the above-quoted paragraphs from *Curr* does not turn on the meaning of a single word or phrase, but on a principle of construction. It relates to the structure, as opposed to the lexicon, of the enactment. The principle is encapsulated in the maxim *expressio unius est exclusio alterius*: the express mention of one or more things of a particular class may be regarded as impliedly excluding others. The respondents, adopting the reasoning in *Curr*, argue that ss. 11(c) and 13 must have been intended to express the full measure of constitutional protection to be afforded by the Charter in respect of compellability and self-incrimination.

It was not material to Lysyk J.'s opinion that the *Charter* is a constitutional document and the *Canadian Bill of Rights* only a statute. He stated at p. 216:

In sum, the Supreme Court of Canada has recognized that the *Canadian Bill of Rights* enjoys constitutional or quasi-constitutional stature. As such, a purposive approach to its interpretation is presumably as appropriate as it is for the Charter or for other enactments concerned with human rights. The purpose of the *Canadian Bill of Rights* disclosed by its long title—"An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"—is shared by the Charter. Accordingly, it might be expected that evolution of the two instruments will follow roughly parallel lines over the course of time, with the possibility of

Il faut faire une distinction en ce qui concerne ce privilège, dictée par son application au Canada et aux États-Unis. Le moment où le privilège peut être invoqué au cours de procédures criminelles est une chose; ce que le privilège vise alors en est une autre. Je conclus que le stade où il peut être invoqué est fixé à l'art. 2(d) et je ne crois pas pouvoir me fonder sur l'art. 1(a) pour l'appliquer à un autre stade des procédures de façon à le faire jouer efficacement contre l'art. 223.

Les intimés soutiennent que c'est ainsi qu'on devrait aborder l'art. 7. Leur point de vue est appuyé par la décision *Re Transpacific Tours Ltd.*, précitée, qui traite précisément de cette question. Le juge Lysyk cite l'arrêt *Curr*, puis affirme, à la p. 213:

[TRADUCTION] Les motifs que le juge Laskin, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada à la majorité, a rédigés dans l'affaire *Curr*, méritent néanmoins toute notre attention. En premier lieu, l'analyse faite dans les paragraphes précités de l'arrêt *Curr* ne tient pas au sens d'un seul mot ou d'une seule expression, mais relève plutôt de l'application d'un principe d'interprétation. Cette analyse porte sur l'économie du texte législatif et non pas sur le vocabulaire qui y est employé. Ce principe est résumé dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius*: la mention expresse d'une seule ou de plusieurs choses relevant d'une catégorie donnée peut être considérée comme excluant implicitement les autres. Les intimés, suivant le raisonnement adopté dans l'arrêt *Curr*, prétendent qu'on doit avoir voulu que l'al. 11c) et l'art. 13 expriment toute l'étendue de la protection constitutionnelle accordée par la Charte en matière de contraignabilité et d'auto-incrimination.

Il n'importait pas, en ce qui concerne l'avis du juge Lysyk, que la *Charte* soit un document constitutionnel et que la *Déclaration canadienne des droits* ne soit qu'une loi ordinaire. Il affirme, à la p. 216:

[TRADUCTION] Somme toute, la Cour suprême du Canada a reconnu à la *Déclaration canadienne des droits* le caractère d'un texte constitutionnel ou quasi-constitutionnel. Cela étant, on peut supposer qu'une interprétation fondée sur l'objet visé convient tout autant dans son cas que dans celui de la Charte ou de tout autre texte législatif en matière de droits de la personne. L'objet de la *Déclaration canadienne des droits*, qui ressort de son titre intégral—"Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales"—, est visé également par la Charte. On pourrait s'attendre en

earlier decisions under the Bill attracting reconsideration in light of authoritative pronouncements concerning the scope of equivalent language in the Charter. Be that as it may, to the extent that the purposive approach to interpretation provides guidance, it is not evident why the framework of analysis applied to the Bill in *Curr* is, on principle, unsuitable for the Charter.

He found support for the application of the *expressio unius* principle to the Charter. He noted, for example, that the principle was applied by Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in respect of s. 24 of the Charter and by the British Columbia Supreme Court in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183, later aff'd by (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.) He stated his conclusions on this issue at p. 220:

I am in accord with the view that the *Curr* analysis, measuring s. 17 of the Act against the *Canadian Bill of Rights*, applies with equal force to the Charter. Why should the framers of the Charter have chosen to deal directly and expressly with only some aspects of compellability and self-incrimination—in ss. 11(c) and 13—while leaving other aspects to be divined from the general language employed in s. 7? The Charter's draftsmen would have been mindful not only of *Curr* but of the fact that the broad common-law privilege against self-incrimination had effectively been set aside in Canada decades ago by the predecessor provisions of what is now s. 5 of the *Canada Evidence Act* and by similar provisions in other federal and provincial enactments of which s. 17 of the Act provides only one example.

In *Haywood Securities*, *supra*, the appellant was examined in aid of execution by the respondent. The appellant refused to answer certain questions on the ground that the answers might tend to incriminate it. A majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that s. 7 of the Charter was not intended to contain a general right against

conséquence qu'avec le temps les deux textes évoluent à peu près parallèlement et il est possible que les premières décisions sous le régime de la Déclaration soient réexaminées à la lumière de jugements faisant autorité concernant la portée de termes équivalents employés dans la Charte. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé peut nous guider, on voit mal pourquoi l'analyse appliquée à la Déclaration dans l'arrêt *Curr* serait en principe inappropriée dans le cas de la Charte.

Le juge Lysyk a trouvé appui à l'application du principe *expressio unius* à la Charte. Il a fait remarquer, par exemple, que ce principe a été appliqué par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à l'égard de l'art. 24 de la Charte, et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 62 B.C.L.R. 183, conf. par la suite par (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.) Dans ses conclusions sur cette question, il affirme, à la p. 220:

[TRADUCTION] Je souscris au point de vue selon lequel l'analyse dans l'arrêt *Curr*, qui consiste à examiner l'art. 17 de la Loi en fonction de la *Déclaration canadienne des droits*, s'applique tout autant à la Charte. Pourquoi les rédacteurs de la Charte auraient-ils choisi de traiter directement et expressément de certains aspects seulement de la contraignabilité et de l'auto-incrimination—à l'al. 11c) et à l'art. 13—tout en faisant en sorte qu'il faille deviner d'autres aspects à partir des termes généraux de l'art. 7? Les rédacteurs de la Charte auraient été conscients non seulement de l'arrêt *Curr*, mais aussi du fait que l'immunité générale contre l'auto-incrimination que conférait la common law avait effectivement été écartée au Canada plusieurs décennies auparavant par les dispositions qui ont précédé ce qui constitue maintenant l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et par des dispositions analogues figurant dans d'autres textes législatifs, tant fédéraux que provinciaux, dont l'art. 17 de la Loi n'est qu'un exemple.

Dans l'affaire *Haywood Securities*, précitée, l'intimée a soumis l'appelante à un interrogatoire préalable à la saisie-exécution. L'appelante a refusé de répondre à certaines questions pour le motif que les réponses pourraient tendre à l'incriminer. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a jugé que l'art. 7 de la Charte

self-incrimination. Macfarlane J.A., speaking for the majority, stated at pp. 747-48:

The common law right was a right not to testify if the answers might tend to incriminate the witness. Canadian law has recognized *the right of an accused* not to testify, and that right has been enshrined in s. 11(c) of the Charter. Canadian law has recognized *the right of a witness* not to be incriminated by evidence he has been compelled to give in another proceeding. That right has been enshrined in s. 2(d) of the *Canadian Bill of Rights*. Section 13 of the Charter has given that protection constitutional status. But neither Canadian law nor the Charter has recognized the right of such a witness not to testify (except in those rare cases where the evidence would be so prejudicial that a stay of the proceedings is justified until criminal proceedings are concluded).

Those who framed the Charter, unlike those who drafted the Fifth Amendment to the *United States Constitution*, have not expressly adopted, as a principle, that "no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". Rather they have deliberately drawn a line between non-compellability in the case of an accused, and compellability (with protection against use of incriminating evidence) in the case of a witness. [Emphasis in original.]

However, Macfarlane J.A. tempered the force of his comments at pp. 748-49, stating:

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

The appellants submit that ss. 11(c) and 13 do not exhaust the protection of rights in this area, which are fundamental to our system of justice, and they resort to

n'était pas destiné à conférer un droit général à la protection contre l'auto-incrimination. Le juge Macfarlane affirme, au nom de la majorité, aux pp. 747 et 748:

^a [TRADUCTION] Le droit conféré par la common law permettait de ne pas témoigner si la réponse pouvait tendre à incriminer le témoin. On reconnaît en droit canadien *le droit d'un accusé* de ne pas témoigner, droit qui a été enchâssé à l'al. 11c) de la Charte. On reconnaît également en droit canadien *le droit d'un témoin* de ne pas être incriminé par le témoignage qu'il a été contraint de donner au cours d'une autre procédure. Ce droit a été enchâssé à l'al. 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 13 de la Charte a reconnu constitutionnellement cette protection. Toutefois, ni le droit canadien ni la Charte ne reconnaissent le droit d'un tel témoin de ne pas témoigner (sauf dans les rares cas où le témoignage causerait un tel préjudice qu'une suspension de l'instance est justifiée jusqu'à ce que les procédures criminelles aient pris fin).

Contrairement aux rédacteurs du Cinquième amendement à la *Constitution des États-Unis*, les rédacteurs de la Charte n'ont pas expressément adopté comme principe que «nul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans aucune affaire criminelle». Ils ont plutôt volontairement établi une distinction entre la non-contrainabilité dans le cas d'un accusé et la contrainabilité (accompagnée de la protection contre l'utilisation d'un témoignage incriminant) dans le cas d'un témoin. [En italique dans l'original.]

Le juge Macfarlane a toutefois atténué ses propos en affirmant, aux pp. 748 et 749:

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

^c Les appelants soutiennent que l'al. 11c) et l'art. 13 ne constituent pas la seule protection de ces droits qui sont fondamentaux dans notre système de justice et ils invo-

s. 7. I agree that there may be cases and circumstances where the legislation or the procedure is so designed and the results are so unjust that to compel a person to testify might offend the basic sense of fairness which underlies the principles of fundamental justice, and violate s. 7. Such situations may involve testimonial compulsion and self-incrimination but it does not follow that s. 7 contains an unwritten rule against *all* testimonial compulsion, and all cases involving self-incrimination. [Emphasis in original.]

The majority in *Haywood Securities, supra*, was met with a powerful dissent by Lambert J.A. After considering the *expressio unius* principle of interpretation, Lambert J.A. stated at p. 732:

In my opinion that argument does not give sufficient weight to a purposive construction of the Charter. Nor does it recognize the function that s. 7 must play in lending flexibility and capacity for development to the Charter as a whole: see *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 641 at p. 649, [1984] 2 S.C.R. 145 at p. 155, 14 C.C.C. (3d) 97, and following.

The conditional right conferred by s. 7 is broad and ample. It protects against any intrusion on the liberty of the citizen if the intrusion is not in accordance with the principles of fundamental justice. But it is in the concept of fundamental justice that the balance between the rights of the individual and the collective rights of the people must be achieved, not in restricting the scope of s. 7 by the artificial rigidities of the rules of statutory construction.

If the argument of *Haywood Securities Inc.* were accepted it would mean that a citizen could be deprived of his liberty by imprisonment, and the deprivation could constitute a flouting of fundamental justice, but the Charter could offer no protection if the deprivation or the flouting arose in relation to a subject-matter that was similar to a subject-matter dealt with in ss. 8 to 14. I would not adopt that approach to the Charter.

In finding that s. 7 of the *Charter* did protect rights residual to ss. 11(c) and 13, Lambert J.A. relied on *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.) In that case Schiebel J. stated in part at p. 501:

Je reconnais que, dans certains cas, la loi ou la procédure est ainsi conçue que les résultats qu'elle entraîne sont si injustes que le simple fait de contraindre une personne à témoigner pourrait contrevenir au principe fondamental d'équité sous-jacent aux règles de la justice fondamentale et violer l'art. 7. Il est possible que, dans de telles situations, une personne soit contrainte à fournir un témoignage incriminant, mais il ne s'ensuit pas que l'art. 7 renferme une règle non écrite contre *tous* les cas où une personne est contrainte à témoigner ni *tous les cas* où un témoignage est incriminant. [En italique dans l'original.]

À l'avis exprimé par les juges formant la majorité dans l'affaire *Haywood Securities*, précitée, le juge Lambert a opposé de puissants motifs de dissidence. Ayant examiné le principe d'interprétation *expressio unius*, il dit, à la p. 732:

[TRADUCTION] Selon moi, cet argument n'accorde pas suffisamment de poids à une interprétation de la Charte fondée sur l'objet visé. Il ne reconnaît pas non plus que l'art. 7 doit jouer un rôle qui consiste à donner de la souplesse à la Charte dans son ensemble et à en permettre l'évolution: voir *Hunter et autres c. Southam Inc.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 641, à la p. 649, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, 14 C.C.C. (3d) 97 et suivantes.

Le droit conditionnel conféré par l'art. 7 est très général. Il protège contre toute violation de la liberté d'un citoyen qui ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale. Mais c'est de la notion de justice fondamentale que doit venir l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs et non pas de la limitation de la portée de l'art. 7 par le recours à la rigidité artificielle des règles d'interprétation de lois.

Si l'argument avancé par *Haywood Securities Inc.* devait être retenu, cela voudrait dire qu'un citoyen pourrait se voir privé de sa liberté par emprisonnement, que cette privation pourrait constituer un manquement à la justice fondamentale, mais que la Charte ne pourrait offrir aucune protection si la privation ou le manquement étaient reliés à un sujet semblable à l'un de ceux visés aux art. 8 à 14. Ce n'est pas ainsi que j'appliquerais la Charte.

Pour conclure que l'art. 7 de la *Charte* protégeait effectivement des droits résiduels en sus des droits garantis par l'al. 11(c) et par l'art. 13, le juge Lambert s'est fondé sur la décision *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (B.R. Sask.) Dans cette affaire, le juge Schiebel affirme notamment ce qui suit, à la p. 501:

In my view, the specific rights enumerated in ss. 8 to 14 are specific examples or emanations of the general right to life, liberty and security of the person, and the specific mention of these rights serves to reinforce the general rights secured by s. 7, rather than to restrict them.

Although the specific rights enumerated in ss. 8 to 14 may come within the scope of the compendious phrase "life, liberty and security of the person", the framers of the Charter, in placing certain specific rights outside of s. 7, afforded them an additional measure of sanctity. Under s. 7 a person may be deprived of his rights if the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. The specific rights in ss. 8 to 14 are not so limited.

If the relationship between s. 7 and the following sections is viewed in this way, s. 11(c) does not preclude a right not to be compelled to be a witness against oneself from arising before a person is charged. Rather, s. 11(c) provides additional protection by setting the point at which the right not to be compelled to be a witness against oneself is no longer subject to possible deprivation in accordance with the principles of fundamental justice.

Similarly, s. 13 guarantees to a witness the specific right not to have self-incriminating evidence used against him in other proceedings. This is a separate right which arises regardless of whether the witness testifies voluntarily or under compulsion. This positive right conferred by s. 13 should not be taken as a constitutional adoption of the statutory scheme established by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970 c. E-10. There is nothing in s. 13 that expressly makes a person compellable to give self-incriminating evidence. Although s. 13 is similar to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*, there is no equivalent to s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* or to s. 17(2) of the *Combines Investigation Act* contained in the Charter. The restrictive provisions of these latter sections should not be read into the Charter as necessarily implicit in the positive rights conferred by s. 13.

For these reasons I would hold that the specific rights in ss. 11(c) and 13 do not necessarily preclude a more general right against the compelling of self-incriminating evidence from being within the scope of s. 7.

I would respectfully conclude upon a review of the existing authorities that the approach advocat-

[TRADUCTION] À mon avis, les droits énumérés aux art. 8 à 14 sont des exemples précis ou des émanations du droit général à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et la mention spécifique de ces droits vient renforcer plutôt que restreindre les droits généraux garantis par l'art. 7.

Les droits énumérés aux art. 8 à 14 sont compris dans l'expression plus concise «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», mais les rédacteurs de la Charte ont voulu, en précisant certains droits ailleurs qu'à l'art. 7, leur accorder un caractère encore plus sacré. En vertu de l'art. 7, il peut être porté atteinte aux droits d'une personne si on se conforme aux principes de justice fondamentale. Cette limite ne s'applique pas aux droits spécifiques prévus aux art. 8 à 14.

Si l'on conçoit ainsi le lien entre l'art. 7 et les articles qui suivent, l'al. 11c) n'empêche pas d'invoquer le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même avant qu'une personne soit inculpée. Au contraire, l'al. 11c) prévoit une protection additionnelle en indiquant à quel moment une personne ne peut plus être privée du droit de ne pas être contrainte de témoigner contre elle-même, même conformément aux principes de justice fondamentale.

De même, l'art. 13 garantit à chacun le droit spécifique à ce qu'aucun témoignage qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. C'est un droit distinct que l'on peut invoquer indépendamment du fait que le témoin rend témoignage volontairement ou sous l'effet de la contrainte. Ce droit indéniable qu'accorde l'art. 13 ne peut être considéré comme l'adoption constitutionnelle du mécanisme prévu à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Rien dans l'art. 13 ne contraint expressément une personne à rendre un témoignage qui l'incrimine. Bien que l'art. 13 soit similaire au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il n'y a pas dans la Charte d'équivalent du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et du par. 17(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les restrictions que prévoient ces différents articles ne doivent pas être considérées comme faisant nécessairement partie des droits indéniables qu'accorde l'art. 13 de la Charte.

Par ces motifs, je conclus que les droits précis de l'al. 11c) et de l'art. 13 ne nous empêchent pas nécessairement de retrouver dans l'art. 7 un droit plus général de ne pas être contraint de rendre un témoignage incriminant.

Après avoir passé en revue la jurisprudence existante, je conclus, en toute déférence, que le

ed by the appellants and reflected in the reasoning of Lambert J.A. and Schiebel J. is sound. The principle of statutory construction, *expressio unius*, is ill-suited to meet the needs of *Charter* interpretation. It is inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation which has been endorsed by this Court and which focuses on the broad purposes for which the rights were designed and not on mechanical rules which have traditionally been employed in interpreting detailed provisions of ordinary statutes in order to discern legislative intent. I do not question Laskin J.'s approach to the interpretation of the *Canadian Bill of Rights*. The point, however, has repeatedly been made that interpretations appropriate to the *Canadian Bill of Rights* will not necessarily be appropriate to the *Charter*: see *R. v. Therens*, *supra*; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. It is true that in *Therens* Le Dain J. interpreted s. 24 of the *Charter* to allow for the exclusion of evidence only under s. 24(2). However, this was not the result of the arbitrary application of the principle of *exclusio unius* but of a careful review of the purpose of the two subsections of s. 24.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act* this Court held that the principles of fundamental justice are found in the basic tenets of our justice system. Sections 8 to 14 of the *Charter* are illustrative, but not exhaustive, of deprivations of life, liberty and security of the person which are not in accord with the principles of fundamental justice. Otherwise, s. 7 itself would have no role to play. I conclude therefore that the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 do not prevent residual content being given to s. 7. It remains to be seen, however, to what extent the right against non-compellability and the right against self-incrimination are part of the principles of fundamental justice.

If the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our justice system as

point de vue préconisé par les appelants et reflété dans le raisonnement des juges Lambert et Schiebel est bien fondé. Le principe d'interprétation législative *expressio unius* se prête mal aux exigences de l'interprétation de la *Charte*. Il est incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé, que notre Cour a approuvée et qui est axée sur les objectifs généraux pour lesquels les droits ont été conçus plutôt que sur les règles mécaniques auxquelles on a traditionnellement eu recours dans l'interprétation des dispositions détaillées de lois ordinaires afin de déceler l'intention du législateur. Je ne mets pas en doute la façon dont le juge Laskin a abordé l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits*. On a toutefois souligné à maintes reprises que des interprétations qui conviennent à la *Déclaration canadienne des droits* ne conviendront pas nécessairement à la *Charte*: voir *R. c. Therens*, précité; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Il est vrai que, dans l'arrêt *Therens*, le juge Le Dain a interprété l'art. 24 de la *Charte* comme ne permettant l'exclusion d'éléments de preuve qu'en vertu du par. 24(2). Cependant, cette interprétation résultait non pas de l'application arbitraire du principe de *exclusio unius*, mais d'un examen minutieux de l'objet des deux paragraphes de l'art. 24.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, notre Cour a conclu que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Les articles 8 à 14 de la *Charte* contiennent des illustrations, mais non une énumération exhaustive, des atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. S'il en était autrement, l'art. 7 lui-même serait sans objet. Je conclus donc que les énumérations précises à l'al. 11c) et à l'art. 13 n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7. Reste toutefois à déterminer dans quelle mesure le droit de ne pas être contraint de témoigner et celui à la protection contre l'auto-incrimination font partie des principes de justice fondamentale.

Si les principes de justice fondamentale sont compris dans les préceptes fondamentaux de notre

this Court has stated, reference must be made to the historical development of our justice system as well as to the experience of other jurisdictions which espouse values similar to our own. Our justice system has evolved in large measure from the English common law and it is there I must turn at first instance to examine the ambit of the right against compellability and the right against self-incrimination.

(i) *The English Position*

The origins of the rights are examined in considerable detail from a historical perspective in *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at pp. 284 ff. Essentially, the rights developed out of a revulsion against the practices of the courts of the Star Chamber and the High Commission in the seventeenth century: see also Professor E. Ratushny's *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979). A person could be called before these courts without notice of the precise charge laid against him and examined under oath. The principal concern was not the fact that an accused was required to testify but rather the fact that the charges lacked particularity. This lack of particularity had at least two undesirable consequences for the accused. First, he was often ignorant as to what he was being charged with and therefore had difficulty tailoring his responses to a particular issue. And second, and closely related to the first, the courts often used the lack of particularity as justification for embarking on a fishing expedition in the hopes that somewhere along the way the accused would reveal the commission of some offence. Thus, the foundation of the rights against compellability and self-incrimination lay in dissatisfaction with the method of presentment of the charge to the accused rather than in the fact that the accused had to testify. However, through the effluxion of time, the underlying rationale for the rights became blurred. Wigmore makes this point at pp. 289-90 in the course of his discussion of Lilburn's trial, the most famous case in which the reason for the rights was canvassed:

système de justice, comme l'a dit notre Cour, il faut alors tenir compte de l'évolution historique de ce système et des expériences vécues dans d'autres ressorts où l'on éprouve des valeurs semblables aux nôtres. Notre système de justice provient en grande partie de la common law anglaise et c'est là que doit commencer mon étude de l'étendue du droit de ne pas être contraint de témoigner et de celui à la protection contre l'auto-incrimination.

(i) *La position anglaise*

Les origines des droits en question font l'objet d'un examen historique très approfondi dans *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), aux pp. 284 et suiv. Essentiellement, ces droits sont nés de la répugnance suscitée par les pratiques des tribunaux de la Chambre Étoilée et de la *High Commission* au dix-septième siècle: voir aussi, professeur E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979). Une personne pouvait être citée devant ces tribunaux sans être informée préalablement de l'accusation précise portée contre elle et être soumise à un interrogatoire sous serment. On s'inquiétait surtout non pas du fait qu'un accusé était tenu de témoigner, mais plutôt du manque de précision des accusations qui entraînait au moins deux inconvénients pour l'accusé. En premier lieu, celui-ci ignorait souvent l'infraction qu'on lui reprochait et avait donc de la difficulté à formuler des réponses en fonction de quelque chose de précis. En deuxième lieu, et ce point est intimement lié au premier, les tribunaux se servaient souvent du manque de précision pour justifier des recherches à l'aveuglette entreprises dans l'espoir que l'accusé finirait bien par révéler la perpétration de quelque infraction. Il s'ensuit donc que le droit de ne pas être contraint de témoigner et le droit à la protection contre l'auto-incrimination reposaient sur l'insatisfaction qu'on éprouvait à l'égard de la méthode de mise en accusation plutôt qu'à l'égard du fait que l'accusé avait à témoigner. L'écoulement du temps a toutefois estompé la justification fondamentale de ces droits. C'est ce que souligne Wigmore aux pp. 289 et 290 dans le cadre de son étude du procès de Lilburn, la cause la plus célèbre où la raison d'être desdits droits a été examinée à fond:

Up to the last moment, Lilburn had never claimed the right to refuse absolutely to answer an incriminating question; he had merely claimed a proper proceeding of presentment or accusation. But now this once vital distinction comes to be ignored. It begins to be claimed, flatly, that *no man is bound to incriminate himself* on any charge (no matter how properly instituted) or *in any court* (not merely in the ecclesiastical or Star Chamber tribunals). Then this claim comes to be conceded by the Judges—first in criminal trials, and even on occasions of great partisan excitement; and afterwards, in the Protector's time, in civil cases, though not without ambiguity and hesitation. By the end of Charles II's reign, under the Restoration, there is no longer any doubt, in any court; and by this period, the extension of the privilege to include an ordinary witness, and not merely the party charged, is for the first time made. [Emphasis in original.]

With the passage of time and the enactment of legislation, the accused became competent witnesses for the defence but were not compellable by the Crown. This non-compellability applied to the pre-trial as well as the trial process. As Lord Parker C.J. stated in *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, at p. 419:

It seems to me quite clear that though every citizen has a moral duty or, if you like, a social duty to assist the police, there is no legal duty to that effect, and indeed the whole basis of the common law is the right of the individual to refuse to answer questions put to him by persons in authority, and to refuse to accompany those in authority to any particular place; short, of course, of arrest.

Also, the rule developed that "a man shall not be compelled to say anything which criminales himself". This rule was discussed by Stephen J. in *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, at pp. 112-13:

When the subject is fully examined, it will I think be found that the privilege extends to protect a man from answering any question which "would in the opinion of

[TRADUCTION] Jusqu'au dernier moment, Lilburn n'avait jamais réclamé le droit de refuser catégoriquement de répondre à des questions incriminantes; il avait simplement revendiqué des procédures régulières de mise en accusation ou d'inculpation. Mais on ne tient plus compte de cette distinction jadis capitale. On commence à affirmer tout bonnement que *nul n'est tenu de s'incriminer* relativement à une accusation quelconque (même si elle a été portée régulièrement) ou *devant un tribunal quelconque* (et non pas simplement devant les tribunaux ecclésiastiques ou de la Chambre Étoilée). Puis les juges en viennent à se rendre à ces demandes, d'abord dans des procès criminels et même à des moments de grande effervescence partisane, ensuite, sous le régime du Protecteur, en matière civile, quoique le processus n'ait été exempt ni d'ambiguïtés ni d'hésitations. Dès la fin du règne de Charles II, c'est-à-dire à l'époque de la Restauration, il ne subsiste plus aucun doute, quel que soit le tribunal dont il s'agit; et, au cours de cette période, le privilège en question a été élargi, de manière à pouvoir, pour la première fois, être invoqué par un témoin ordinaire et non seulement par l'inculpé. [En italique dans l'original.]

Avec le temps et avec l'adoption de textes législatifs en ce sens, les inculpés sont devenus habiles à témoigner pour assurer leur propre défense, mais ne pouvaient pas être contraints à témoigner par le ministère public. Ils n'étaient contraignables ni avant le procès ni au procès proprement dit. Comme l'affirme le juge en chef lord Parker dans l'affaire *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, à la p. 419:

[TRADUCTION] Il me semble tout à fait évident que même si tout citoyen a l'obligation morale ou, si vous préférez, l'obligation sociale d'aider la police, il n'existe aucune obligation juridique de le faire; en fait la common law repose fondamentalement sur le droit de quiconque de refuser de répondre aux questions posées par une personne investie d'une autorité, de refuser d'accompagner à un endroit donné des personnes investies d'une autorité, à moins bien sûr d'être arrêté.

En outre, une règle a été conçue suivant laquelle [TRADUCTION] «une personne ne doit pas être contrainte de faire des déclarations qui l'incriminent». Le juge Stephen a traité de cette règle dans la décision *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, aux pp. 112 et 113:

[TRADUCTION] Quand la question aura été étudiée à fond, je crois que l'on constatera que le privilège en cause va jusqu'à dispenser un témoin d'avoir à répondre

the judge have a tendency to expose the witness, or the wife or husband of the witness, to any criminal charge": Stephen's Dig. of the Law of Ev. 3rd ed. art. 120, p. 121. That is what I understand by the phrase "criminating himself". It is not that a man must be guilty of an offence and say substantially, "I am guilty of the offence, but am not going to furnish evidence of it." I do not think the privilege is so narrow as that, for then it would be illusory. The extent of the privilege is I think this: the man may say, "If you are going to bring a criminal charge, or if I have reason to think a criminal charge is going to be brought against me, I will hold my tongue. Prove what you can, but I am protected from furnishing evidence against myself out of my own mouth."

This remains the law of England to this day.

(ii) *The Canadian Position*

In Canada we developed a slightly different approach with the enactment in 1893 of what are now ss. 4(1) and 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (previously R.S.C. 1970, c. E-10). In their present form these sections read as follows:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding

à une question qui, «de l'avis du juge, tendrait à exposer ce témoin ou son conjoint à une accusation criminelle»: Stephen's Dig. of the Law of Ev. 3^e éd., art. 120, p. 121. Voilà, selon moi, le sens du verbe «incriminer». Il ne veut pas dire qu'une personne doit être coupable d'une infraction et affirmer essentiellement: «Je suis coupable de l'infraction, mais je ne fournirai aucune preuve concernant sa perpétration». Je ne crois pas qu'il s'agisse alors qu'illusoire. Voici à mon avis en quoi consiste le privilège en question: une personne peut dire: «Si vous allez porter une accusation criminelle, ou si j'ai des raisons de croire qu'une accusation criminelle sera portée contre moi, je tiendrai ma langue. Prouvez ce que vous pouvez, mais, quant à moi, je bénéficie d'une protection qui me dispense d'avoir à témoigner contre moi-même.»

Telle est encore aujourd'hui la situation en droit anglais.

(ii) *La position canadienne*

Au Canada, nous avons adopté un point de vue légèrement différent avec l'adoption en 1893 des dispositions qui forment actuellement le par. 4(1) et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. E-10). Ces dispositions se lisent actuellement ainsi:

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf

against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

The effect of s. 4(1) was to maintain the common law rule of non-compellability at the investigatory stage, subject to modification by the terms of a particular statute, and to make the accused at his trial a competent witness for the defence but not a compellable witness for the Crown. The effect of s. 5 was to abolish the common law rule of allowing a witness to refuse to answer a question on the ground that it would tend to incriminate him and replace it with the rule that the witness must answer the question but the answer could not be used against him in a subsequent criminal case. This legislation reflects the state's interest in having all available information before the tribunal so that a proper determination in that case can be made. This state interest is achieved in derogation of the common law rule protecting a witness from answering a question on the basis of the right against self-incrimination.

I pause at this point to consider the development of the law in two other jurisdictions which share many of the same values as we do, the United States and Australia.

(iii) *The Position in the United States*

The Fifth Amendment to the United States Constitution provides in part:

No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself . . .

Once a person claims the benefit of this provision, he need not answer the question put to him.

The underlying rationale behind the Fifth Amendment reflects the draftsmen's awareness of the situation in England. Frankfurter J. made this point in *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956), at pp. 426 and 428:

[The Fifth Amendment] registers an important advance in the development of our liberty—"one of the great

dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Le paragraphe 4(1) assure le maintien de la règle de common law de la non-contrainabilité à témoigner au stade de l'enquête, sous réserve de toute modification y apportée par une loi donnée. Il a en outre pour effet de rendre l'accusé habile à témoigner pour assurer sa propre défense à son procès, sans pour autant en faire un témoin contraignable par le ministère public. L'article 5 a pour effet d'abolir la règle de common law permettant à un témoin de refuser de répondre à une question pour le motif que sa réponse tendrait à l'incriminer et d'y substituer la règle qui oblige le témoin à répondre à la question, mais qui interdit l'utilisation de sa réponse dans le cadre de poursuites criminelles ultérieures. Ces dispositions législatives reflètent l'intérêt qu'a l'État à ce que tous les renseignements disponibles soient produits devant le tribunal afin que l'affaire puisse être tranchée régulièrement. Cet intérêt de l'État est servi au moyen d'une dérogation à la règle de common law qui autorise un témoin à refuser de répondre à une question en invoquant son droit à la protection contre l'auto-incrimination.

J'interromps ici mon analyse pour examiner l'évolution du droit dans deux autres pays qui partagent un bon nombre de nos valeurs, savoir les États-Unis et l'Australie.

(iii) *La position américaine*

Le Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis porte notamment:

[TRADUCTION] Nul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans aucune affaire criminelle . . .

Dès lors qu'une personne se prévaut de cette disposition, elle n'a pas à répondre aux questions qu'on lui pose.

La raison d'être fondamentale du Cinquième amendement traduit la conscience qu'avaient ses rédacteurs de la situation qui régnait en Angleterre. Le juge Frankfurter le souligne d'ailleurs dans la décision *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956), aux pp. 426 et 428:

[TRADUCTION] [Le Cinquième amendement] marque un progrès important dans le développement de notre

landmarks in man's struggle to make himself civilized." Time has not shown that protection from the evils against which this safeguard was directed is needless or unwarranted. This constitutional protection must not be interpreted in a hostile or niggardly spirit. Too many, even those who should be better advised, view this privilege as a shelter for wrongdoers

No doubt the constitutional privilege may, on occasion, save a guilty man from his just deserts. It was aimed at a more far-reaching evil—a recurrence of the Inquisition and the Star Chamber, even if not in their stark brutality. Prevention of the greater evil was deemed of more importance than occurrence of the lesser evil. Having had much experience with a tendency in human nature to abuse power, the Founders sought to close the doors against like future abuses by law-enforcing agencies.

However, the United States Congress recognized that there were certain cases in which it was crucial that information be obtained from a witness notwithstanding that this ran afoul of the Fifth Amendment. Consequently, particular pieces of legislation were passed which compelled a witness to answer all questions put to him but which protected or immunized the witness to varying degrees from the use of such elicited evidence. The reasoning was that if the immunity was co-extensive with the Fifth Amendment right, then no breach of the Constitution would occur. The United States Supreme Court has ruled that "use immunity", an immunity provision comparable to that contained in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, was not co-extensive with the Fifth Amendment right and was unconstitutional: see *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970). The reason for this was that governmental investigators could rely on the testimony extracted in order to obtain derivative evidence implicating the witness. However, the court has ruled that the legislature need not go so far as to grant the witness full "transactional immunity". In *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), the court

liberté—«il fait époque dans la lutte de l'homme pour se civiliser». Avec le temps, la protection contre les maux que cette disposition était destinée à écarter ne s'est avérée ni inutile ni injustifiée. Ce n'est pas dans un esprit d'hostilité ni de mesquinerie que doit s'interpréter cette protection constitutionnelle. Trop nombreux en effet sont ceux, même parmi les gens qui devraient être mieux avisés, qui considèrent ce privilège comme protégeant les malfaiteurs . . .

b

Nul doute que la protection accordée par la Constitution peut parfois faire échapper un coupable au châtiment qu'il mérite. Cette protection vise toutefois à éviter un mal beaucoup plus grave, celui de la réapparition de l'Inquisition et de la Chambre Étoilée, même sous une forme bien moins brutale. La prévention du plus grand mal a été jugée plus importante que la survenance du moindre mal. Ayant eu amplement l'occasion de constater par eux-mêmes la tendance chez les êtres humains à abuser de leurs pouvoirs, les fondateurs ont cherché à exclure pour l'avenir la possibilité de tels abus par les organismes chargés de l'application des lois.

d

Le Congrès des États-Unis a toutefois reconnu l'existence de cas où il était d'importance capitale qu'on obtienne des renseignements d'un témoin, bien que cela aille à l'encontre du Cinquième amendement. Ont été adoptés en conséquence certains textes législatifs qui imposaient aux témoins l'obligation de répondre à toutes les questions qu'on leur posait, mais qui leur accordaient une protection ou une immunité plus ou moins grande contre l'utilisation des éléments de preuve ainsi recueillis. On se disait que si l'immunité correspondait au droit conféré par le Cinquième amendement, il n'y aurait pas de violation de la Constitution. La Cour suprême des États-Unis a statué que [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», une immunité comparable à celle prévue à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne correspondait pas au droit conféré par le Cinquième amendement et était, par conséquent, inconstitutionnelle: voir *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970). La raison à cela était que les enquêteurs gouvernementaux pouvaient à partir du témoignage arraché au témoin obtenir une preuve dérivée l'incriminant. La cour a toutefois dit que le législateur n'est pas tenu d'aller jusqu'à accorder au témoin une [TRADUCTION] «immunité» totale

e

f

g

h

i

j

ruled that "use and derivative use" immunity was co-extensive with the Fifth Amendment.

(iv) *The Position in Australia*

Australia inherited the common law of England as did Canada. However, Australia did not enact a general provision comparable to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Thus, the common law rights retain their vigour in Australia unless they are abrogated by specific legislation. The Australian High Court has recently had occasion to consider the scope of the common law rights in two judgments *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328 and *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281. In the latter case, a majority of the court ruled, in line with recent American authority, that the right against self-incrimination extends to protect a witness from the use of derivative evidence as well as the use of the testimony itself. At page 294, Gibbs C.J. stated:

In the absence of binding authority the matter must be approached from the standpoint of principle. If a witness is compelled to answer questions which may show that he has committed a crime with which he may be charged, his answers may place him in real and appreciable danger of conviction, notwithstanding that the answers themselves may not be given in evidence. The traditional objection that exists to allowing the executive to compel a man to convict himself out of his own mouth applies even when the words of the witness may not be used as an admission. It is a cardinal principle of our system of justice that the Crown must prove the guilt of an accused person, and the protection which that principle affords to the liberty of the individual will be weakened if power exists to compel a suspected person to confess his guilt. Moreover the existence of such a power tends to lead to abuse and to "the concomitant moral deterioration in methods of obtaining evidence and in the general administration of justice": *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Saskatchewan)*.

«à l'égard d'une affaire donnée». Dans l'arrêt *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), la cour a jugé que l'immunité contre [TRADUCTION] «l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée» correspond à la protection accordée par le Cinquième amendement.

(iv) *La position australienne*

L'Australie, comme le Canada, a hérité de la common law d'Angleterre. Elle n'a cependant pas adopté de disposition générale comparable à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'ensuit qu'en Australie les droits découlant de la common law conservent toute leur force, à moins d'être abrogés par un texte législatif donné. Dans deux affaires récentes, la Haute Cour de l'Australie a eu l'occasion d'examiner l'étendue des droits résultant de la common law: *Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission* (1983), 152 C.L.R. 328 et *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281. Dans cette dernière affaire, la cour à la majorité a statué, conformément à la jurisprudence américaine récente, que le droit à la protection contre l'auto-incrimination va jusqu'à mettre un témoin à l'abri tant de l'utilisation d'une preuve dérivée que de l'utilisation de son témoignage lui-même. Le juge en chef Gibbs affirme, à la p. 294:

[TRADUCTION] À défaut d'une décision liant la cour, la question doit être abordée du point de vue des principes. Si un témoin est contraint de répondre à des questions pouvant démontrer qu'il a commis un crime dont il pourra se voir inculpé, ses réponses pourront l'exposer à un danger réel et appréciable d'un verdict de culpabilité, bien que les réponses elles-mêmes ne puissent être produites en preuve. Le motif traditionnellement invoqué pour ne pas permettre au pouvoir exécutif de contraindre un témoin à établir sa culpabilité par ses propres paroles vaut même lorsque ses propos ne peuvent être utilisés à titre d'aveu. C'est un principe fondamental dans notre système de justice que le ministère public doit prouver la culpabilité d'un accusé, et la protection de la liberté individuelle qu'assure ce principe se trouvera affaiblie s'il existe un pouvoir de contraindre un suspect à avouer sa culpabilité. Par ailleurs, l'existence d'un tel pouvoir tend à amener des abus ainsi qu'une «détérioration morale concomitante des méthodes employées pour obtenir des éléments de preuve et de l'administration de la justice en général»: *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Saskatchewan)*.

The right against compellability and the right against self-incrimination are thus fundamental precepts of democratic societies which respect individual rights and freedoms. These rights derived from the unacceptable practices of certain courts in England centuries ago wherein these courts did not specify with any particularity the charge the accused was facing, yet required him to answer questions under oath in response to it. Undoubtedly, prosecutors to-day are required to specify with particularity the charge against the accused. Yet the rights have survived to a greater or lesser extent in several jurisdictions. Clearly, the underlying rationale for the rights has shifted. It seems opportune therefore to consider what the modern rationale is. It may assist us in determining the ambit of the principles of fundamental justice.

Wigmore, *op. cit.*, lists twelve possible justifications for the continued existence of the rights which he considers to be one broad right (at pp. 310-18):

(1) It protects the innocent defendant from convicting himself by a bad performance on the witness stand.

(2) It avoids burdening the courts with false testimony.

(3) It encourages third-party witnesses to appear and testify by removing the fear that they might be compelled to incriminate themselves.

(4) The privilege is a recognition of the practical limits of governmental power; truthful self-incriminating answers cannot be compelled, so why try.

(5) The privilege prevents procedures of the kinds used by the infamous courts of Star Chamber, High Commission and Inquisition.

(6) It is justified by history, whose tests it has stood; the tradition which it has created is a satisfactory one.

Le droit de ne pas être contraint de témoigner et le droit à la protection contre l'auto-incrimination représentent donc des préceptes fondamentaux dans des sociétés démocratiques respectueuses des droits et libertés individuels. Il s'agit de droits qui dérivent des pratiques inacceptables suivies par certains tribunaux anglais il y a plusieurs siècles, pratiques selon lesquelles lesdits tribunaux, tout en ne précisant pas l'accusation pesant contre l'inculpé, lui demandaient pourtant de répondre sous serment à des questions concernant cette accusation. Certes, les poursuivants d'aujourd'hui sont tenus de préciser en détail l'accusation portée contre l'inculpé. Néanmoins, les droits ont subsisté dans une mesure plus ou moins grande dans plusieurs ressorts. De toute évidence, leur raison d'être fondamentale a changé. Il me semble donc opportun d'en examiner la raison d'être actuelle, car cela pourra nous aider à déterminer la portée des principes de justice fondamentale.

Wigmore, *op. cit.*, énumère douze raisons possibles pour lesquelles les droits en question, qu'il considère comme formant un seul droit général, continuent d'exister (aux pp. 310 à 318):

[TRADUCTION] (1) Il protège le défendeur innocent contre une déclaration de culpabilité fondée sur sa mauvaise performance à la barre des témoins.

(2) Il permet d'éviter d'encombrer les tribunaux de faux témoignages.

(3) Il encourage les tierces personnes à comparaître pour témoigner en leur enlevant la crainte qu'elles ne soient contraintes de s'incriminer elles-mêmes.

(4) Le privilège en question est une reconnaissance des limites d'ordre pratique imposées au pouvoir gouvernemental; comme on ne peut contraindre un témoin à donner des réponses véridiques tendant à l'incriminer, à quoi bon essayer?

(5) Ce privilège vient empêcher des procédures du genre de celles auxquelles avaient recours les infâmes tribunaux de la Chambre Étoilée, de la *High Commission* et de l'Inquisition.

(6) Il est justifié par l'histoire, dont il a su résister aux épreuves; la tradition qu'il a créée est satisfaisante.

(7) The privilege preserves respect for the legal process by avoiding situations which are likely to degenerate into undignified, uncivilized and regrettable scenes.

(8) It spurs the prosecutor to do a complete and competent independent investigation.

(9) The privilege aids in the frustration of "bad laws" and "bad procedures," especially in the area of political and religious belief.

[(10) It] protects the individual from being prosecuted for crimes of insufficient notoriety or seriousness to be of real concern to society.

(11) The privilege prevents torture and other inhumane treatment of a human being.

(12) The privilege contributes toward a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load.

Wigmore favoured the last two of these policy justifications, stating at p. 318:

In summary, it should be reiterated that the policy underpinning the privilege is anything but clear and it can be noted that the privilege is in fact used for all sorts of reasons, most of them having little or no relation to any tenable theory as to its purpose. The significant purposes . . . are two: The first is to remove the right to an answer in the hard cores of instances where compulsion might lead to inhumanity, the principal inhumanity being abusive tactics by a zealous questioner (Reason (11) *supra*). The second is to comply with the prevailing ethic that the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself (Reason (12) *supra*). [Emphasis added.]

This Court had an opportunity to consider the rationale underlying ss. 11(c) and 13 in *Dubois v.*

(7) Ce privilège assure le respect du processus juridique en permettant de parer à des situations qui dégèneraient probablement en de regrettables scènes indignes et barbares.

(8) Il incite le poursuivant à effectuer une enquête complète et indépendante et à le faire d'une manière compétente.

(9) Le privilège en question contribue à faire échec aux «mauvaises lois» et aux «procédures irrégulières», surtout dans les domaines des opinions politiques et des croyances religieuses.

[(10) Il] protège les particuliers contre des poursuites pour des crimes d'une infamie et d'une gravité insuffisantes pour que la société s'en préoccupe vraiment.

(11) Il s'agit d'un privilège qui vient empêcher la torture et tout autre traitement inhumain pouvant être infligé aux êtres humains.

(12) Il s'agit d'un privilège qui contribue à créer un juste équilibre entre l'État et les particuliers, en exigeant que le gouvernement laisse les gens tranquilles tant qu'on n'a pas établi de motifs valables de les déranger et en obligeant le gouvernement à assumer toute la charge de la preuve dans les poursuites qu'il exerce contre des particuliers.

Wigmore préférait les deux dernières de ces justifications de principe, disant, à la p. 318:

[TRADUCTION] En résumé, répétons que la politique sous-jacente au privilège en question est loin d'être claire et on constate qu'il est invoqué pour toutes sortes de raisons, dont la plupart n'ont peu ou point de rapport avec quelque théorie soutenable quant à son objet. Les principaux objets [. . .] sont au nombre de deux. Le premier est la suppression du droit à une réponse dans les cas extrêmes où la contrainte risque d'aboutir à une inhumanité dont la principale est le recours à des tactiques abusives par un interrogateur zélé (raison (11), précitée). Le second est d'assurer le respect du principe ayant actuellement cours, qui porte que l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci ne doit être dérangé que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite (raison (12), précitée). [Je souligne.]

Dans l'affaire *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, notre Cour a eu l'occasion d'examiner

The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350. In that case the issue was whether the Crown could tender statements made by the accused at his first trial in a subsequent retrial. Lamer J., for the majority, felt that ss. 11(c) and 13 were integrally linked with s. 11(d), which provides the right of a person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. Lamer J. stated at pp. 357-58:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence. As Laskin J. (as he then was) wrote in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317:

The "right to be presumed innocent" . . . is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

The Crown's "burden of establishing guilt" and the "right of silence", i.e., the concept of a "case to meet", which are essential elements of the presumption of innocence, also underlie the non-compellability right. For, as Professor Ratushny has written,

In many ways, it is the principle of a "case to meet" which is the real underlying protection which the "non-compellability" rule seeks to promote. The important protection is not that the accused need not testify, but that the Crown must prove its case before there can be any expectation that he will respond, whether by testifying himself, or by calling other evidence. However, even where a "case to meet" has been presented, the burden of proof remains upon the Crown to the end.

la raison d'être de l'al. 11c) et de l'art. 13. La question en litige dans cette affaire était de savoir si le ministère public pouvait produire en preuve dans le cadre d'un nouveau procès des déclarations faites par l'accusé à son premier procès. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a estimé que l'al. 11c) et l'art. 13 étaient intimement reliés à l'al. 11d) qui énonce le droit d'un inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. Le juge Lamer dit, aux pp. 357 et 358:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. Comme le juge Laskin (plus tard Juge en chef) l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, à la p. 317:

Le «droit à la présomption d'innocence» . . . signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à la p. 452.

Le fardeau qui incombe à la poursuite «d'établir la culpabilité», et le «droit au silence», c.-à-d. l'obligation de présenter une «preuve complète» qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner. Ainsi comme l'a écrit le professeur Ratushny:

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une «preuve complète» constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une «preuve complète» elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. Were it otherwise, our justice system would be on a slippery slope towards the creation of a police state. Thus, once a charge has been laid, the privacy and autonomy of the accused is protected by s. 11(c) of the *Charter* which, in conjunction with s. 11(d) of the *Charter*, requires the Crown to produce a case for the accused to meet.

At the same time, the importance of getting at the truth in any proceedings, criminal or otherwise, must be recognized. Otherwise our justice system might grind to a halt through important evidence not being brought forward. This goal, however, must remain subservient to the protection of the fundamental rights of the accused. It is for this reason that, while s. 11 does not speak to the non-compellability of all individuals, s. 13 protects individuals compelled to testify in proceedings which have a legitimate adjudicative purpose from the use of their testimony in other proceedings in which they are the accused.

The question then arises whether ss. 11(c) and 13 adequately reflect the basic tenets of our justice system. Do they afford the level of protection the

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S'il en était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d'un régime policier. Donc, du moment qu'une accusation est portée, la vie privée et l'autonomie de l'accusé sont protégées par l'al. 11c) de la *Charte* qui, conjugué à l'al. 11d) de la *Charte*, impose au ministère public l'obligation de produire des éléments de preuve auxquels l'accusé pourra répondre.

Il faut en même temps reconnaître l'importance d'établir la vérité dans n'importe quelles procédures, qu'elles soient criminelles ou autres. Sinon notre système de justice pourrait être paralysé en raison de l'omission de produire des éléments de preuve importants. Cet objectif doit toutefois demeurer subordonné à la protection des droits fondamentaux de l'accusé. C'est la raison pour laquelle, bien que l'art. 11 n'accorde pas à tous le droit de ne pas être contraints de témoigner, l'art. 13 assure aux personnes obligées de témoigner dans le cadre de procédures ayant un objet judiciaire légitime une protection contre l'utilisation de leur témoignage dans d'autres procédures où elles ont été mises en accusation.

On peut alors se demander si l'al. 11c) et l'art. 13 reflètent adéquatement les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Offrent-ils le

principles of fundamental justice require? If they are adequate for this purpose, then there is no room for any residual protection under s. 7. If they are not adequate, what is the scope of any residual protection under s. 7?

The first question then is are ss. 11(c) and 13 adequate to ensure fundamental justice within the meaning of s. 7? I note first that s. 11(c) only protects against testimonial compulsion an accused "charged with an offence". It affords no protection against such compulsion to a suspect being interrogated prior to any charge being laid. This raises the question whether the state should be allowed to do indirectly what it cannot do directly. Can a suspect be compelled to testify at a pre-trial proceeding which may lead to his being charged with a criminal offence on the basis of such compelled testimony when he cannot be compelled to give that testimony at the trial itself? If he is not protected against this by s. 11(c) because he was not a person charged with the offence at the time he made the incriminating statements, is this covered by a residual protection in s. 7?

It is argued that the answer is no because this situation is covered by s. 13. Section 13 precludes incriminating testimony given by a witness "in any proceedings" from being used "in any other proceedings" subject to the prescribed exceptions. Accordingly, if the suspect makes an incriminating statement in the context of a "proceeding" protection against self-incrimination is provided in s. 13 and there is no need to import such protection into s. 7. It is suggested that the word "proceedings" should be given a large and liberal interpretation so as to cover any kind of proceeding, whether adjudicative or investigative. This would be consistent with the principle of *Charter* interpretation that we construe rights guaranteed in the *Charter* so as to provide maximum protection to the citizen. Thus, s. 13 protects the witness who incriminates himself in earlier proceedings. The appellants would, therefore, have the benefit of the s. 13 protection in testifying before the inquiry being conducted by the Director.

degré de protection qu'exigent les principes de justice fondamentale? S'ils sont adéquats à cette fin, il n'y a pas de place pour une protection résiduelle conférée par l'art. 7. S'ils ne le sont pas, quelle est l'étendue de la protection résiduelle accordée par l'art. 7?

La première question est donc de savoir si l'al. 11c) et l'art. 13 sont suffisants pour assurer la justice fondamentale au sens de l'art. 7. Je souligne d'abord que l'al. 11c) ne soustrait que les personnes «inculpé[es]» à l'obligation de témoigner. Il ne soustrait aucunement à une telle obligation un suspect qui subit un interrogatoire avant qu'une accusation ne soit portée. Cela soulève la question de savoir s'il devrait être permis à l'État de faire indirectement ce qu'il ne saurait faire directement. Un suspect peut-il être forcé de témoigner lors d'une procédure préalable au procès qui peut entraîner une accusation d'infraction criminelle fondée sur ce témoignage forcé, alors qu'il ne peut être forcé à témoigner au procès lui-même? Si l'alinéa 11c) ne le protège pas contre cela parce qu'il n'était pas un inculpé au moment où il a fait les déclarations incriminantes, bénéficie-t-il d'une protection résiduelle en vertu de l'art. 7?

On soutient que la réponse doit être négative parce que cette situation est visée par l'art. 13, qui, sous réserve des exceptions y prévues, interdit l'utilisation «dans d'autres procédures» d'un témoignage incriminant donné par un témoin dans des procédures antérieures. Par conséquent, si le suspect fait une déclaration incriminante dans le contexte d'une «procédure», il est protégé contre l'auto-incrimination par l'art. 13 et il n'est pas nécessaire d'introduire une telle protection dans l'art. 7. Le mot «procédures», prétend-on, devrait recevoir une interprétation large et libérale de manière à englober tous les types de procédures, qu'il s'agisse de poursuites judiciaires ou d'une enquête. Cela s'accorderait avec le principe d'interprétation de la *Charte* selon lequel nous devons interpréter les droits qui y sont garantis de manière à assurer au citoyen la plus grande protection possible. L'article 13 protège ainsi le témoin qui s'est incriminé au cours de procédures antérieures. Les appelants bénéficieraient donc de la protection de l'art. 13 en témoignant dans le cadre de l'enquête menée par le directeur.

I note in passing, although not germane to this case, that s. 13 would not appear to cover incriminating statements made to police as part of an ordinary police investigation. There must be a "proceeding" for s. 13 to apply. Section 13 would not preclude the police from building up a case against a suspect from incriminating statements made by him in the course of an ordinary police investigation. If this were to be protected against, it would presumably have to be done through s. 7 since it is not covered by either s. 11(c) or s. 13. This is not, however, our case. We are dealing with testimony given in the context of a proceeding.

Another suggested inadequacy in the protection afforded by ss. 11(c) and 13 is that neither protects against the use of derivative evidence. They protect only against testimonial compulsion and the use of the incriminating statements. Is the use of derivative evidence contrary to the principles of fundamental justice in s. 7? I think it is. I would respectfully adopt the reasoning of the United States Supreme Court in *Kastigar, supra*. As the court pointed out in that case, the privilege against self-incrimination, if it is to be meaningful, requires that neither the testimony nor the evidence derived from the testimony be used against the witness. I quote from p. 453 of the majority judgment:

We hold that such immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege. While a grant of immunity must afford protection commensurate with that afforded by the privilege, it need not be broader. Transactional immunity, which accords full immunity from prosecution for the offense to which the compelled testimony relates, affords the witness considerably broader protection than does the Fifth Amendment privilege. The privilege has never been construed to mean that one who invokes it cannot subsequently be prosecuted. Its sole concern is to afford protection against being "forced to give testimony leading to the infliction of 'penalties affixed to . . . criminal acts.'" Immunity from the use of compelled testimony, as well as evidence derived directly and indirectly therefrom, affords this protection. It prohibits the prosecutorial

Je souligne en passant, bien que cela n'ait aucun rapport avec l'espèce, que l'art. 13 ne paraît pas s'appliquer aux déclarations incriminantes faites à la police au cours d'une enquête policière ordinaire. L'applicabilité de l'art. 13 est conditionnée à l'existence d'une «procédure». L'article 13 n'a pas pour effet d'empêcher la police de réunir des éléments de preuve contre un suspect en se servant de déclarations incriminantes faites par celui-ci dans le cadre d'une enquête policière ordinaire. Si cela devait faire l'objet d'une protection, c'est probablement l'art. 7 qui devrait la fournir, car ce cas n'est visé ni par l'al. 11c) ni par l'art. 13. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Il s'agit ici de témoignages donnés dans le cadre d'une procédure.

On reproche en outre à l'al. 11c) et à l'art. 13 d'assurer une protection insuffisante du fait que ni l'un ni l'autre ne protège contre l'emploi d'une preuve dérivée. Ils ne protègent que contre l'obligation de témoigner et l'utilisation des déclarations incriminantes. Or, l'utilisation de la preuve dérivée va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7? Je crois que oui. J'adopte en toute déférence le raisonnement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kastigar*, précitée. Comme la cour l'a souligné dans cette affaire, le privilège de ne pas s'incriminer n'a de sens que s'il est interdit d'utiliser contre le témoin non seulement son témoignage, mais aussi la preuve qui en dérive. Je reproduis un extrait de la p. 453 des motifs de la majorité:

[TRADUCTION] Nous concluons que l'étendue de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner l'emporte sur une revendication du privilège. Si l'immunité accordée doit fournir une protection équivalant à celle offerte par le privilège, il n'est pas nécessaire que cette protection soit plus grande. L'immunité à l'égard d'une affaire donnée, qui met entièrement à l'abri de poursuites pour l'infraction à laquelle se rapporte le témoignage forcé, fait bénéficier le témoin d'une protection sensiblement plus grande que celle du privilège garanti par le Cinquième amendement. Ce privilège n'a jamais été interprété de manière à signifier que la personne qui l'invoque ne peut pas être poursuivie par la suite. Il a pour seul objet de fournir une protection contre le fait d'être «contraint de donner un témoignage entraînant l'imposition de «sanctions rat-

authorities from using the compelled testimony in *any* respect, and it therefore insures that the testimony cannot lead to the infliction of criminal penalties on the witness. [Emphasis in original.]

It seems to me that in order to prevent a suspect from being conscripted against himself in a criminal or quasi-criminal proceeding (which would clearly include a charge of predatory pricing under the *Combines Investigation Act*), the suspect must be protected against the use of evidence derived from testimony given at the earlier investigatory proceeding as well as against the use of the testimony itself. Otherwise the suspect is convicted, metaphorically if not literally, out of his own mouth. He has, as the U.S. Supreme Court put it, through the use of the derivative evidence been "forced to give testimony leading to the infliction of penalties affixed to . . . criminal acts".

My colleague, La Forest J., advocates a flexible approach to the admission of derivative evidence. He sees a solution to the problem in s. 24(2) of the *Charter* and the principles enunciated thereunder by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He points out that the trial judge has a discretion under s. 24(2) whether or not to admit "real" evidence (which for the purpose of his analogy my colleague equates to derivative evidence) if to do so would be unfair to the accused. With respect, I see no analogy between the two situations. The judge's discretion under s. 24(2) is no guarantee of protection against the use of derivative evidence obtained as a result of a witness's compelled testimony. It is merely a discretion and one which is required to be exercised on a very specific basis, namely whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into public disrepute. The public repute of justice is not the relevant consideration in determining whether derivative evidence should be excluded on the ground that it was

tachées à . . . des actes criminels.» L'immunité contre l'utilisation d'un témoignage forcé et contre l'utilisation de la preuve directement ou indirectement dérivée de ce témoignage assure cette protection. C'est une immunité qui interdit à la poursuite de se servir *de quelque manière que ce soit* d'un témoignage forcé, ce qui permet d'assurer que ce témoignage ne peut entraîner l'imposition au témoin de sanctions criminelles. [En italique dans l'original.]

Il me semble que, pour empêcher qu'un suspect soit obligé de devenir son propre adversaire dans une procédure criminelle ou quasi criminelle (ce qui comprend évidemment une accusation de fixation de prix déraisonnablement bas portée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*), celui-ci doit être protégé contre l'utilisation de toute preuve dérivée du témoignage qu'il a donné au cours de la procédure d'enquête antérieure, ainsi que contre l'utilisation du témoignage lui-même. Autrement, ce serait le suspect qui, figurément, sinon littéralement, se déclarerait coupable de sa propre bouche. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, il aurait, par l'utilisation de la preuve dérivée, été «contraint de donner un témoignage entraînant l'imposition de «sanctions rattachées à . . . des actes criminels»».

Mon collègue le juge La Forest propose d'aborder de façon souple l'utilisation de la preuve dérivée. Il voit une solution au problème dans le par. 24(2) de la *Charte* et dans les principes que notre Cour a énoncés relativement à ce paragraphe dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il souligne que le juge du procès a, en vertu du par. 24(2), le pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou non une preuve «matérielle» (que mon collègue assimile à une preuve dérivée aux fins de son analogie) si le faire serait inéquitable pour l'accusé. En toute déférence, je ne vois aucune analogie entre les deux situations. Le pouvoir discrétionnaire que possède le juge en vertu du par. 24(2) ne protège aucunement contre l'utilisation de la preuve dérivée obtenue à la suite de la déposition forcée d'un témoin. Il ne s'agit que d'un simple pouvoir discrétionnaire qui ne doit être exercé que dans des circonstances très précises, c'est-à-dire si l'utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux du public. L'opinion qu'a le public de la justice n'est pas le

obtained as a direct result of testimonial compulsion in violation of the principles of fundamental justice. That exclusion must be a matter of principle and of right, not of discretion. It should be noted also that the derivative evidence we are concerned with is precisely that. It is derivative. There is a direct causal relationship between the compelled testimony and the derivative evidence. Unlike the situation under s. 24(2) where this Court has held that causality is not a pre-requisite to admissibility (see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, causality is the *sine qua non* of derivative evidence. This is why, as pointed out in *Kastigar*, *supra*, the privilege against self-incrimination, if it is to be meaningful, requires that neither the testimony nor the evidence derived from it can be used against the witness.

I conclude, therefore, that s. 7 protects the witness in a subsequent criminal proceeding against the use of evidence derived from testimony given by him in an earlier proceeding, which protection is not available under either ss. 11(c) or 13. Where a person's right to life, liberty and security of the person is either violated or threatened, the principles of fundamental justice require that such evidence not be used in order to conscript the person against himself.

It was vigorously argued by the respondents in this Court that to find such protection in s. 7 would result in a marked extension of the law as it has existed in Canada for nearly a century and that such a change could not therefore be mandated by a principle of fundamental justice or the basic tenets of our justice system. The respondents assert that the law in this area is properly reflected in ss. 4 and 5 of the *Canada Evidence Act*. I do not find this argument persuasive. As the appellants point out, legislation must conform to the *Charter*, not the reverse, regardless of how longstanding the legislation is. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* makes this clear:

bon facteur à considérer pour déterminer si la preuve dérivée devrait être exclue pour le motif qu'elle résulte directement de la contrainte de témoigner qui a été exercée contrairement aux principes de justice fondamentale. Cette exclusion doit être une question de principe et de droit, et non de discrétion. Il faudrait aussi noter que c'est ce qu'est précisément la preuve dérivée qui nous intéresse. Il y a un lien de causalité direct entre le témoignage forcé et la preuve dérivée. Contrairement à la situation qui existe en vertu du par. 24(2), où notre Cour a conclu que le lien de causalité n'est pas une condition préalable de l'admissibilité (voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, le lien de causalité est la condition *sine qua non* de la preuve dérivée. Voilà pourquoi, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Kastigar*, précité, le privilège de ne pas s'incriminer, s'il doit avoir un sens, exige que ni la déposition ni la preuve qui en dérive ne puissent être utilisées contre le témoin.

Je conclus en conséquence que l'art. 7 protège le témoin dans toute procédure criminelle ultérieure contre l'utilisation d'éléments de preuve dérivés du témoignage qu'il a donné dans une procédure antérieure, protection que n'accorde ni l'al. 11c) ni l'art. 13. Lorsque le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne est violé ou menacé, les principes de justice fondamentale requièrent qu'on ne se serve pas de cette preuve pour faire de cet individu son propre adversaire.

Les intimés ont soutenu énergiquement en notre Cour que, si l'art. 7 était interprété comme conférant une telle protection, cela entraînerait une extension appréciable de la portée de la règle de droit qui s'applique au Canada depuis presque un siècle, et qu'un pareil changement ne pouvait donc être commandé ni par un principe quelconque de justice fondamentale ni par les préceptes fondamentaux de notre système de justice. D'après les intimés, ce sont les art. 4 et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui énoncent la règle de droit applicable dans ce domaine. Cet argument me paraît peu convaincant. Comme le soulignent les appelants, ce sont les lois, pour anciennes qu'elles soient, qui doivent se conformer à la *Charte*, et non pas l'inverse. Voilà ce qui se dégage nettement de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

This Court has struck down several pieces of legislation despite their longevity: see, for example, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, in which the *Lord's Day Act* fell, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, in which s. 251 of the *Criminal Code* was struck down and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, in which search and seizure provisions in existence since 1923 were held to be unreasonable in 1984. I do not doubt, of course, that the longevity of a statute is a factor to be taken into account when identifying the principles of fundamental justice. However, it is far from being the determining factor. My research into the development of the common law in this area indicates that broader *Charter* protection is warranted at the investigatory stage than that provided by the *Canada Evidence Act*.

The respondents also submitted, and this position was supported by some of the intervening Attorneys General, that any right of non-compellability or right against self-incrimination would arise only at a subsequent criminal trial (if one were instituted) and not at the pre-trial investigatory stage. They argued that the appropriate time for the witness to claim protection against self-incrimination is when the evidence objected to is later sought to be introduced in a criminal proceeding against the witness *qua* accused. Accordingly, they submitted, it is unnecessary to deal with the scope of the protection at this time. With respect, this completely overlooks the fact that it is the validity of the empowering legislation which is being challenged under s. 7 of the *Charter*. The witness is surely entitled to know whether the legislation under which he is being compelled to testify is constitutionally valid or not.

If I am correct in the conclusions I have reached, does s. 17 of the *Combines Investigation Act* violate s. 7 of the *Charter*? In my opinion it

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

^a Notre Cour a invalidé plusieurs textes législatifs en dépit de leur ancienneté: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, dans lequel la *Loi sur le dimanche* a été déclarée invalide, l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans lequel l'art. 251 du *Code criminel* a été invalidé, ainsi que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, dans lequel des dispositions relatives aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies en vigueur depuis 1923 ont été jugées abusives en 1984. Il va sans dire que je ne doute pas que l'ancienneté d'une loi est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit de dégager les principes de justice fondamentale. Ce facteur est toutefois loin d'être déterminant. Il ressort de mes recherches sur l'évolution de la common law dans ce domaine qu'il y a lieu d'accorder en vertu de la *Charte* une protection plus générale à l'étape de l'enquête que celle offerte par la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les intimés ont également fait valoir, ce qui a reçu l'appui de certains procureurs généraux intervenants, que tout droit de ne pas être contraint de témoigner ou tout droit à la protection contre l'auto-incrimination ne prendrait naissance qu'à un procès criminel subséquent (si un tel procès est intenté) et non au stade de l'enquête préalable au procès. Il ont soutenu que le moment où le témoin doit réclamer la protection contre l'auto-incrimination est celui où on cherche à introduire la preuve à laquelle il s'oppose dans des procédures criminelles engagées contre le témoin en sa qualité d'accusé. Par conséquent, selon eux, il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de la protection à ce moment-ci. En toute déférence, cela fait complètement abstraction du fait que c'est la validité de la disposition législative habilitante qui est contestée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Le témoin a sûrement le droit de savoir si la disposition législative en vertu de laquelle on l'oblige à témoigner est constitutionnelle ou non.

^j À supposer que mes conclusions soient exactes, l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*? À mon

does to the extent it permits the Director to compel suspects to testify in an investigatory proceeding so as to build up a case against themselves through their own self-incriminating testimony and evidence derived from such testimony. Section 17 expressly contemplates that such evidence may be forwarded by the Director to the Attorney General of Canada with a view to possible prosecution for a criminal offence. Although s. 20(2) of the Act protects a witness who testifies under s. 17 from use of the testimonial evidence in a subsequent prosecution if one takes place, it does not protect the witness against use of the derivative evidence. Accordingly, s. 17 violates the residual s. 7 right of an individual not to be compelled to testify in an investigatory proceeding with a view to possible subsequent prosecution absent legislative assurance that any derivative evidence obtained as a result of his testimony cannot be used against him in such prosecution.

Section 1 of the Charter

Having found that s. 17 of the Act violates s. 7 of the *Charter* it remains to be seen whether it can be justified under s. 1. Section 1 of the *Charter* provides:

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

Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, enunciated on behalf of the Court the tests which must be satisfied before legislation can be upheld under s. 1 of the *Charter*. He stated at pp. 138-39:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and

avis, il viole cet article dans la mesure où il autorise le directeur à contraindre des suspects à témoigner dans le cadre d'une procédure d'enquête afin de réunir des éléments de preuve contre eux-mêmes par leur propres témoignages incriminants et par la preuve dérivée de ces témoignages. L'article 17 prévoit expressément que le directeur peut faire tenir ces éléments de preuve au procureur général du Canada en vue de poursuites éventuelles pour une infraction criminelle. Quoique le par. 20(2) de la Loi protège un témoin qui dépose en vertu de l'art. 17 contre l'utilisation de son témoignage dans le cadre de poursuites ultérieures, s'il en est, il ne lui offre aucune protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'ensuit donc que l'art. 17 viole le droit résiduel d'un individu de ne pas être contraint de témoigner au cours d'une procédure d'enquête en vue de l'engagement éventuel de poursuites, à défaut d'une garantie législative portant interdiction d'utiliser contre lui dans de telles poursuites la preuve dérivée obtenue grâce à son témoignage.

L'article premier de la Charte

Après avoir conclu que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 de la *Charte*, il reste à déterminer s'il peut être justifié en vertu de l'article premier. L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

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

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson énonce au nom de la Cour les conditions à remplir pour qu'une mesure législative puisse être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il dit, aux pp. 138 et 139:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu impor-

democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

The government's onus under *Oakes* is to justify the limit on the right of the citizen on a preponderance of probability. Dickson C.J. referred to this as "a very high degree of probability" commensurate with the occasion. I think that this comment is particularly apposite in the context of a s. 7 breach. It will be rare, in my view, that a legislative provision can violate a principle of fundamental justice or a basic tenet of our justice system and still be demonstrably justified in a free and democratic society.

Bearing this in mind, I turn my attention to the first step in the *Oakes* test, namely whether the government objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right. The part of the *Combines Investigation Act* in which

tants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important». [Souligné dans l'original.]

Selon l'arrêt *Oakes*, il incombe au gouvernement de justifier selon la prépondérance des probabilités la restriction imposée au droit d'un citoyen. Le juge en chef Dickson a parlé d'un degré très élevé de probabilité proportionné aux circonstances. Je crois que cette observation est particulièrement juste dans le contexte d'une violation de l'art. 7. Il arrivera rarement, à mon avis, qu'une disposition législative puisse violer un principe de justice fondamentale ou un précepte fondamental de notre système de justice tout en ayant une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Gardant cela présent à l'esprit, je passe au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qui consiste à se demander si l'objectif visé par le gouvernement est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la

s. 17 appears serves two legislative purposes. First, it provides for the effective investigation of suspected criminal and quasi-criminal activity. Second, it makes it possible to monitor economic activity in Canada so as to ensure that the government's economic objectives are met. There can be little doubt that each of these legislative objectives are of sufficient importance to warrant infringement of individual rights and freedoms. Society has a very real interest both in controlling crime and in ensuring the stability of the marketplace. I would conclude therefore that the first step of the *Oakes* test is met in this case.

Next, government must show that the means employed to achieve the objective are rationally connected to it. I would accept that compelling individuals to appear and testify regarding their business activities is a rational way of monitoring compliance with the terms of the Act and the policies embodied in it.

The real hurdle for the respondents is establishing that the means employed impair the appellants' rights as little as possible. Section 17 compels individuals to come forward and testify under oath before the Restrictive Trade Practices Commission. Since section 17 is investigatory it clearly contemplates that incriminating questions can be asked of these individuals. Section 20(2) provides some measure of protection for these individuals since it precludes the admission of testimony of an individual in a subsequent prosecution. However, for the reasons developed earlier, I do not consider this protection adequate. Section 20(2) provides no greater protection than s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and I have already indicated that the s. 5(2) protection is not broad enough in this context to comport with the principles of fundamental justice. These principles require an individual to be protected not only against the admission of his previous testimony in subsequent criminal or quasi-criminal proceedings but that the state be precluded from using in such proceedings evidence derived as a result of the previous tes-

Constitution. La partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans laquelle figure l'art. 17 sert deux objectifs législatifs. En premier lieu, elle assure la tenue d'enquêtes efficaces sur les activités criminelles ou quasi criminelles dont on soupçonne l'existence. En second lieu, elle permet de surveiller l'activité économique au Canada afin d'assurer la réalisation des objectifs économiques du gouvernement. Il ne fait guère de doute que chacun de ces objectifs législatifs est suffisamment important pour justifier qu'on porte atteinte à des droits et libertés individuels. La société a véritablement intérêt à ce que le crime soit réprimé et à ce que la stabilité du marché soit assurée. Je conclus donc qu'en l'espèce on a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Ensuite, le gouvernement doit démontrer que les moyens employés pour atteindre l'objectif ont un lien rationnel avec celui-ci. J'accepte que contraindre des individus à comparaître et à témoigner au sujet de leurs activités commerciales constitue une façon rationnelle de vérifier s'il y a respect de la Loi et des politiques qu'elle véhicule.

Le véritable obstacle auquel se heurtent les intimés consiste à établir que les moyens utilisés portent le moins possible atteinte aux droits des appellants. L'article 17 oblige les particuliers à se présenter devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce pour témoigner sous serment. Comme l'art. 17 traite d'enquêtes, il envisage nettement la possibilité de poser des questions incriminantes à ces individus. Le paragraphe 20(2) assure à ceux-ci une certaine protection, puisqu'il interdit que le témoignage d'une personne soit utilisé dans des poursuites ultérieures. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, je ne crois pas que cette protection soit suffisante. Le paragraphe 20(2) ne protège pas davantage que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et j'ai déjà indiqué que la protection accordée par le par. 5(2) n'est pas assez générale dans ce contexte pour être compatible avec les principes de justice fondamentale. Ces principes exigent non seulement qu'un individu soit protégé contre l'utilisation de son témoignage antérieur dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles engagées par

timony. Absent protection against the use of derivative evidence, the state is conscripting the individual against himself. As already mentioned, the United States Supreme Court considered this problem in the context of the Fifth Amendment in *Kastigar, supra*. The United States Constitution has no provision comparable to s. 1. As a consequence any limits on constitutional rights must be read into the rights themselves. The United States Supreme Court held that a statute which compels the testimony of an individual will only be valid if it provides protection against use of derivative evidence as well as against use of the testimony itself. The court discussed the issue at p. 453:

The statute's explicit proscription of the use in any criminal case of "testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information)" is consonant with Fifth Amendment standards. We hold that such immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege. While a grant of immunity must afford protection commensurate with that afforded by the privilege, it need not be broader.

I would respectfully adopt this statement and apply it in this appeal. There is no evidence to suggest that the government's objective in this case would be frustrated if individuals compelled to testify were afforded derivative use protection. Certainly the monitoring of the Canadian economy would not be injuriously affected by such protection. Moreover, while there may be instances when the investigation of crime or the effective enforcement of legislation may be hampered if suspects are not conscripted against themselves, such a case has not been made out here. No evidence has been presented to the Court to show that the enforcement of the *Combines Investigation Act* will be drastically impaired if derivative

la suite, mais aussi qu'il soit interdit à l'État de se servir dans ces procédures d'une preuve dérivée du témoignage antérieur. S'il n'y avait pas de protection contre l'utilisation de la preuve dérivée, l'État se trouverait à faire de l'individu son propre adversaire. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Kastigar*, précitée, s'est penchée sur ce problème dans le contexte du Cinquième amendement. La Constitution américaine ne contient pas de disposition comparable à l'article premier. Par conséquent, toute restriction imposée aux droits constitutionnels doit être considérée comme inhérente aux droits eux-mêmes. La Cour suprême des États-Unis a jugé qu'une loi contraignant un individu à témoigner n'est valide que si elle protège contre l'utilisation de la preuve dérivée aussi bien que contre l'utilisation du témoignage lui-même. La cour examine cette question, à la p. 453:

[TRADUCTION] La proscription explicite par la Loi de l'utilisation dans une cause criminelle du «témoignage ou d'autres renseignements obtenus sous l'effet de la contrainte en vertu de l'ordonnance (ou de tout renseignement directement ou indirectement dérivé de ce témoignage ou des autres renseignements)» est conforme aux normes prescrites par le Cinquième amendement. Nous concluons que l'étendue de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner l'emporte sur une revendication du privilège. Si l'immunité accordée doit fournir une protection équivalente à celle offerte par le privilège, il n'est pas nécessaire que cette protection soit plus grande.

J'adopte en toute déférence cet énoncé et l'applique au présent pourvoi. Rien n'indique en l'espèce que l'objectif du gouvernement serait contrarié si l'on accordait aux individus contraints de témoigner une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il est d'ailleurs certain qu'une telle protection ne compromettrait nullement la surveillance de l'économie canadienne. De plus, bien qu'il puisse y avoir des cas où l'enquête sur un crime ou l'application efficace d'une loi pourrait être entravée si les suspects n'étaient pas obligés de témoigner contre eux-mêmes, on n'a pas prouvé que la présente instance tombe dans cette catégorie. On n'a produit devant la Cour aucun élément de preuve établissant que le fait d'accorder aux per-

use protection is given to persons testifying under s. 17.

I would add, moreover, that even if the only effective means of enforcing criminal or quasi-criminal legislation was to conscript individuals to testify against themselves without any protection, the legislation may still not be valid. While it might pass the minimal impairment test, the effects of the measures adopted may be out of proportion to the objective sought to be achieved. However, having found that the legislation in this case fails to meet the minimal impairment test, it is unnecessary to decide whether the third aspect of the *Oakes* test is met.

I would conclude, therefore, that s. 17 of the *Combines Investigation Act* cannot be saved under s. 1 of the *Charter* and is therefore of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Section 8 of the *Charter*

The appellants submit also that ss. 17(1) and 17(4) of the Act violate s. 8 of the *Charter* to the extent that these provisions compel an individual to make production of books, papers, records and other documents before the Commission and the Director. The appellants contend that the impact of these provisions is not sufficiently assuaged by s. 17(3) to allow them to stand. For ease of reference, I reproduce the relevant subsections here:

17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in

sonnes qui témoignent en vertu de l'art. 17 une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée nuira énormément à l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

^a J'ajoute par ailleurs que, même à supposer que la seule manière efficace d'assurer l'application d'une loi criminelle ou quasi criminelle soit de contraindre les individus à témoigner contre eux-mêmes sans qu'ils ne jouissent d'aucune protection, il se peut que cette loi ne soit toujours pas valide. En effet, quoique la loi puisse satisfaire au critère de l'atteinte minimale, les effets des mesures adoptées pourront s'avérer disproportionnés à l'objectif visé. Toutefois, étant donné notre conclusion que la loi ici en cause ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, il n'est pas nécessaire de décider si le troisième volet du critère formulé dans ^b l'arrêt *Oakes* a été respecté. ^c ^d

Je conclus en conséquence que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte* et qu'il est donc inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 8 de la *Charte*

^f Les appelants font valoir en outre que les par. 17(1) et (4) de la Loi violent l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où ils obligent un individu à produire auprès de la Commission et du directeur des livres, pièces, archives ou autres documents. Selon ^g les appelants, le par. 17(3) n'atténue pas suffisamment l'effet de ces dispositions pour qu'elles puissent être maintenues. Par souci de commodité, je reproduis les paragraphes pertinents:

^h 17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par ⁱ l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins

Canada, for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

Section 8 of the *Charter* provides:

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

In *Hunter v. Southam Inc.* this Court discussed the general nature of the s. 8 right. Dickson J. (as he then was) noted that s. 8, unlike its rough equivalent in the Fourth Amendment to the United States Constitution, is totally lacking in specificity and has no historical, political or philosophical context to assist in its interpretation (pp. 154-55). American jurisprudence, while a guide, is not determinative of the way in which s. 8 and in particular the word "unreasonable" should be interpreted.

Dickson J. took a purposive approach in order to determine the interests the section was intended to protect. He concluded that the protection granted under s. 8 was broader than the mere protection of property; it extended also to the individual's reasonable expectation of privacy. He said at pp. 159-60:

pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

L'article 8 de la *Charte* dispose:

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

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, notre Cour a traité de la nature générale du droit garanti par l'art. 8. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a fait remarquer que l'art. 8, à la différence du Quatrième amendement de la Constitution américaine, qui lui ressemble en gros, est totalement dépourvu de précision et de tout contexte historique, politique ou philosophique susceptible de nous aider à l'interpréter (pp. 154 et 155). La jurisprudence américaine, quoiqu'elle puisse nous guider, n'est nullement déterminante quant à la façon d'interpréter l'art. 8 et, plus particulièrement, le mot «abusives».

Pour déterminer quels intérêts l'article était destiné à protéger, le juge Dickson a adopté une méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé. Il a conclu que la protection accordée par l'art. 8 allait au-delà de la simple protection de biens pour englober l'attente raisonnable d'un individu en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Le juge Dickson affirme, aux pp. 159 et 160:

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

There is no doubt that an individual's expectation of privacy goes beyond a concern for the inviolability of his body and extends to his possessions including his books, records and other documents. Matters of the utmost confidence are often recorded in retrievable form, be they business strategies, trade secrets or personal reflections noted in a diary. An individual's interest in having these confidences respected can be significant and not something with which governmental agencies should lightly interfere.

(a) "Seizure" Under Section 8

The respondents assert that the appellants' expectation of privacy is unaffected by s. 17 since no-one invades the appellants' offices in order to search for and take possession of the documents. Rather, the appellants are ordered to produce the documents and, if they wish to challenge the order to produce, they can do so prior to its return date or at the hearing contemplated in s. 17(3). It is the respondents' submission that the provisions of s. 17(1) are the equivalent of a *subpoena duces tecum* and that a *subpoena duces tecum* is not a seizure. The respondents rely on the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Ziegler v. Hunter, supra*, in which the very question under

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Il ne fait pas de doute que l'attente d'un individu en ce qui concerne le respect de sa vie privée, loin de se borner au souci de garantir l'inviolabilité de sa personne, s'étend à ses biens, y compris ses livres, ses archives et ses autres documents. Des renseignements hautement confidentiels, qu'il s'agisse de stratégies d'affaires, de secrets industriels ou de réflexions personnelles notées dans un journal, sont souvent consignés de manière à pouvoir les retrouver par la suite. L'intérêt qu'a un individu à ce que le caractère confidentiel de ces renseignements soit respecté peut être important et les organismes gouvernementaux ne devraient pas y porter atteinte à la légère.

a) Les «saisies» au sens de l'art. 8

Les intimés affirment que l'art. 17 ne touche nullement à l'attente des appelants en ce qui concerne le respect de leur vie privée, puisque personne n'a fait irruption dans leurs bureaux pour y rechercher les documents et s'en emparer. Au contraire, on a ordonné aux appelants de produire les documents et, s'ils désirent contester l'ordonnance en ce sens, il leur est loisible de le faire avant la date fixée pour les produire ou encore à l'audience visée au par. 17(3). Les intimés font valoir que les dispositions du par. 17(1) équivalent à un *subpoena duces tecum* et qu'un *subpoena duces tecum* ne constitue pas une saisie. Ils fondent cet argument sur l'arrêt rendu par la Cour

review at the present time was considered. In that case, Hugessen and Le Dain JJ. wrote separate judgments, both finding that s. 17 of the Act did not violate s. 8 of the *Charter*. Hugessen J. stated at pp. 634-35:

[The words search and seizure] unmistakably imply an intrusion into the citizen's home or place of business by a third person who looks for and removes documents or things. Searches and seizures are normally effected under a warrant or writ which is addressed to the officer conducting the search or seizure and permits him to enter the premises for those purposes. On the other hand, under a subpoena *duces tecum*, no one enters a citizen's home or place of business other than himself and his invitees. The order of the court is addressed to the witness himself and is not an authorization to intrude but rather a command to produce.

See also the judgment of Le Dain J. at pp. 618-19.

I must respectfully disagree. I think that Hugessen J.'s approach ignores the fact that s. 8 protects an individual from unreasonable search or seizure. The use of the disjunctive "or" reflects, in my opinion, the draftsman's recognition that a search can take place without a seizure and conversely a seizure can take place without a search. The quotation from the judgment of Hugessen J. suggests that search and seizure must always be part of a single transaction. The clear language of s. 8 calls for a different conclusion. I would agree with the approach taken by the trial judge in this case and by Marceau J., dissenting on this issue in *Ziegler, supra*, and conclude that a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* is "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 630).

I think that this interpretation is consistent with the approach taken by this Court in *Hunter v. Southam Inc.* When an individual considers something to be "private" he considers it to be for his

d'appel fédérale à la majorité dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, précitée, dans laquelle a été examinée la question même dont nous nous trouvons présentement saisis. Dans cette affaire, les juges Hugessen et Le Dain, qui ont rédigé des motifs distincts, ont conclu tous les deux que l'art. 17 de la Loi ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Hugessen affirme, aux pp. 634 et 635:

[Les termes «perquisitions» et «saisies»] impliquent indubitablement l'intrusion d'un tiers dans la demeure ou la place d'affaires d'un citoyen, pour chercher et enlever des documents ou des objets. Les perquisitions et les saisies sont habituellement faites en vertu d'un mandat ou d'un bref, adressé à l'agent effectuant la perquisition ou la saisie, et lui permettant de pénétrer sur les lieux à de telles fins. En revanche, en vertu d'un *subpoena duces tecum*, personne ne pénètre dans la demeure ou la place d'affaires du citoyen à l'exception, bien sûr, du citoyen lui-même et de ses invités. L'ordonnance de la cour est adressée au témoin lui-même et n'est pas une autorisation de s'introduire dans des lieux mais plutôt un ordre de produire quelque chose.

Voir aussi les motifs du juge Le Dain, aux pp. 618 et 619.

En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Je crois que l'interprétation du juge Hugessen ne tient pas compte du fait que l'art. 8 protège les individus contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. L'emploi de la conjonction disjunctive «ou» traduit, selon moi, la reconnaissance du rédacteur qu'il peut y avoir fouille ou perquisition sans saisie et saisie sans fouille ou perquisition. La citation tirée des motifs du juge Hugessen laisse entendre que la fouille ou perquisition et la saisie doivent toujours faire partie d'une seule opération. Les termes non équivoques de l'art. 8 appellent cependant une conclusion différente. Souscrivant au point de vue adopté par le juge de première instance en l'espèce et par le juge Marceau, dissident à ce propos dans l'affaire *Ziegler*, précitée, je conclus qu'une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* s'entend de «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 630).

À mon avis, cette interprétation s'accorde avec celle qu'a adoptée notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Quand un individu considère quelque chose comme «confidentiel», il se considère le

eyes only. He seeks to avoid disclosure. The consequences of disclosure are just as acute when the individual is compelled to reveal the information as they are when others seize it. Indeed, the consequences may be harsher when the individual is compelled to produce the documentary evidence since he may well produce evidence beyond that which the governmental authorities had reasonable grounds to believe existed. I believe, therefore, that on a purposive interpretation of the word "seizure", compulsory production constitutes a seizure within the meaning of s. 8.

I would, however, add one caveat to the above conclusion. As was discussed earlier in this judgment, the investigatory provisions of the *Combines Investigation Act* are criminal or quasi-criminal in nature. It was to this same part of the *Combines Investigation Act* that Dickson J. addressed himself in *Hunter*. My comments should not necessarily be taken, therefore, to have application to matters outside the sphere of criminal or quasi-criminal law.

The respondents submit that there is no taking hold by a public authority and no seizure in this case because it is open to the appellants to challenge the validity of the order prior to the production of the documents. They point out also that no documents have so far been produced or taken hold of by the Commission. I think this is an overly narrow interpretation of the word "seizure". In *Hunter*, Dickson J. stressed the importance of proper prior authorization before a search is conducted. He stated at p. 160:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have

seul à pouvoir y jeter un coup d'œil. Il cherche à en éviter la divulgation. Or, les conséquences de la divulgation sont tout aussi graves lorsque l'individu est contraint de révéler les renseignements qu'elles le sont dans le cas où ils sont saisis par autrui. En fait, elles peuvent être plus dures quand l'individu se voit obligé de produire une preuve documentaire, car il se peut bien qu'il produise des éléments de preuve allant au-delà de ceux dont les autorités gouvernementales avaient des motifs raisonnables de croire à l'existence. J'estime donc que si on donne au mot «saisie» une interprétation fondée sur l'objet visé, la production obligatoire constitue une saisie au sens de l'art. 8.

J'apporterais toutefois une restriction à la conclusion susmentionnée. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui se rapportent aux enquêtes sont de nature criminelle ou quasi criminelle. C'est sur cette même partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* que s'est penché le juge Dickson dans l'affaire *Hunter*. Mes observations ne doivent donc pas nécessairement être considérées comme applicables à des questions qui se situent en dehors du droit criminel ou quasi criminel.

Les intimés prétendent qu'il n'y a eu en l'espèce ni appropriation par un pouvoir public ni saisie puisqu'il est loisible aux appelants de contester la validité de l'ordonnance avant de produire les documents. Ils font remarquer en outre que, jusqu'à maintenant, aucun document n'a été produit et que la Commission ne s'en est emparée d'aucun. Je crois que c'est là une interprétation trop restrictive du mot «saisie». Dans l'arrêt *Hunter*, le juge Dickson a souligné l'importance d'obtenir l'autorisation préalable requise avant de procéder à une fouille ou à une perquisition. Il affirme, à la p. 160:

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait

said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In my opinion, Dickson J.'s remarks with regard to searches are equally applicable to seizures. It makes no sense to say that s. 8 is only engaged once the private information becomes public. If that were the case, the protections afforded by s. 8 would be completely illusory. The fact that an individual can challenge the validity of the order before producing the documents goes, in my opinion, not to the question whether a seizure has occurred but to the question whether the seizure is a reasonable one.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* contemplate a seizure within the meaning of s. 8. The question is whether the seizure is a reasonable one.

(b) "Reasonableness" Under Section 8

Not all seizures violate s. 8 of the *Charter*; only unreasonable ones. Put another way, an individual is accorded only a reasonable expectation of privacy. At some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed. However, the state interest only becomes paramount when care is taken to infringe the privacy interest of the individual as little as possible. It is because of this need for delicate balancing that Dickson J. in *Hunter* identified several criteria which must be met if a search in a criminal investigation is to meet the test of reasonableness. I think that these criteria were accurately summarized by J. Holland J. at trial as set out earlier in these reasons. I would agree, however, that these criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation. What may be reasonable in the regulatory or

entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, ce que dit le juge Dickson concernant les fouilles et les perquisitions s'applique également aux saisies. Il est illogique de prétendre que l'art. 8 ne joue que dès que les renseignements confidentiels deviennent publics. S'il en était ainsi, l'art. 8 n'accorderait qu'une protection tout à fait illusoire. Le fait qu'un individu puisse contester la validité de l'ordonnance avant de produire les documents est, à mon avis, pertinent non pas relativement à la question de savoir s'il y a eu une saisie, mais relativement à celle de savoir si la saisie effectuée est raisonnable.

Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* envisagent une saisie au sens de l'art. 8. La question qui se pose est de savoir si la saisie effectuée est raisonnable.

b) Le caractère «raisonnable» en vertu de l'art. 8

Ce ne sont pas toutes les saisies qui violent l'art. 8 de la *Charte*, seulement celles qui sont abusives. En d'autres termes, un individu n'a droit qu'à une attente raisonnable en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Il vient en effet un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document. L'intérêt de l'État ne l'emporte cependant que si on a pris soin de porter le moins possible atteinte au droit de l'individu au respect de sa vie privée. C'est cette nécessité de soupeser délicatement les différents intérêts qui a poussé le juge Dickson dans l'affaire *Hunter* à énoncer plusieurs critères à remplir pour qu'une fouille ou perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête criminelle satisfasse au critère du caractère raisonnable. Je crois que le juge Holland en première instance a bien résumé ces critères dans le passage

civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. What is important is not so much that the strict criteria be mechanically applied in every case but that the legislation respond in a meaningful way to the concerns identified by Dickson J. in *Hunter*. This having been said, however, it would be my view that the more akin to traditional criminal law the legislation is, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced. This seems to have been what Dickson C.J. had in mind when he said in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 527, that departures from the *Hunter* criteria will be exceedingly rare. It is with this in mind that I consider the scheme envisaged by s. 17 of the Act.

On the question of reasonableness the respondents again stress that the legislation does not authorize an intrusive search and seizure by the authorities but rather contemplates the production of documents by the individual himself. The respondents urge that this is comparable to an administrative *subpoena duces tecum* and suggest to this Court that the criteria in *Hunter* need not be applied to such a mechanism. They suggest that this Court ought to follow the approach the United States Supreme Court has taken with regard to *subpoena duces tecum*. That approach was set forth in *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Under review in that case was a provision in *The Fair Labor Standards Act* which allowed for judicial enforcement of *subpoena duces tecum* issued by the Administrator in the course of investigations conducted pursuant to the Act. The court discussed what must be required in order that legislation authorizing that type of procedure be valid. Quoting from pp. 208-9:

reproduit antérieurement dans les présents motifs. Je conviens toutefois que lesdits critères ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel. L'important n'est pas tant que les critères stricts soient appliqués automatiquement dans chaque cas, mais que le texte législatif tienne compte de façon significative des préoccupations exprimées par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*. Cela dit, toutefois, j'estime que plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré. C'est ce que le juge en chef Dickson semble avoir eu en tête quand il a affirmé dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 527, que les dérogations aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* seront extrêmement rares. C'est en gardant cela présent à l'esprit que je passe à l'examen du régime envisagé par l'art. 17 de la Loi.

Au sujet du caractère raisonnable, les intimés soulignent encore une fois que la loi en cause, loin de permettre aux autorités de s'introduire dans des lieux pour y effectuer une perquisition et une saisie, envisage plutôt la production de documents par l'individu lui-même. Les intimés prétendent que cela se compare au *subpoena duces tecum* en matière administrative et nous laissent entendre qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer à un tel mécanisme les critères formulés dans l'arrêt *Hunter*. Ils soutiennent que notre Cour devrait adopter à l'égard du *subpoena duces tecum* la position que la Cour suprême des États-Unis a adoptée et qui est exposée dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Cette affaire mettait en cause une disposition de *The Fair Labor Standards Act*, qui autorisait les tribunaux à assurer l'obéissance à tout *subpoena duces tecum* délivré par l'administrateur au cours d'enquêtes menées en vertu de ladite loi. La cour a traité des conditions à remplir pour qu'une loi autorisant ce type de procédure soit valide. Aux pages 208 et 209, on trouve le passage suivant:

Without attempt to summarize or accurately distinguish all of the cases, the fair distillation, in so far as they apply merely to the production of corporate records and papers in response to a subpoena or order authorized by law and safeguarded by judicial sanction, seems to be that the Fifth Amendment affords no protection by virtue of the self-incrimination provision, whether for the corporation or for its officers; and the Fourth, if applicable, at the most guards against the abuse only by way of too much indefiniteness or breadth in the things required to be "particularly described," if also the inquiry is one the demanding agency is authorized by law to make and the materials specified are relevant. The gist of the protection is in the requirement, expressed in terms, that the disclosure sought shall not be unreasonable.

As this has taken form in the decisions, the following specific results have been worked out. It is not necessary, as in the case of a warrant, that a specific charge or complaint of violation of law be pending or that the order be made pursuant to one. It is enough that the investigation be for a lawfully authorized purpose, within the power of Congress to command. This has been ruled most often perhaps in relation to grand jury investigations, but also frequently in respect to general or statistical investigations authorized by Congress. The requirement of "probable cause, supported by oath or affirmation," literally applicable in the case of a warrant, is satisfied in that of an order for production by the court's determination that the investigation is authorized by Congress, is for a purpose Congress can order, and the documents sought are relevant to the inquiry. Beyond this the requirement of reasonableness, including particularity in "describing the place to be searched, and the persons or things to be seized," also literally applicable to warrants, comes down to specification of the documents to be produced adequate, but not excessive, for the purposes of the relevant inquiry. Necessarily, as has been said, this cannot be reduced to formula; for relevancy and adequacy or excess in the breadth of the subpoena are matters variable in relation to the nature, purposes and scope of the inquiry.

I do not believe that the above approach is appropriate to the issue before us in the present

[TRADUCTION] Sans tenter de résumer toutes les décisions et de faire des distinctions précises entre elles, il semble qu'on puisse affirmer avec justesse que dans la mesure où elles s'appliquent simplement à la production de registres et de documents d'une personne morale par suite d'un subpoena ou d'une ordonnance autorisés par une loi et dont l'exécution est sanctionnée par les tribunaux, ces décisions établissent que la disposition relative à l'auto-incrimination figurant dans le Cinquième amendement ne protège ni la personne morale ni ses administrateurs. Quant au Quatrième amendement, à supposer qu'il s'applique, il empêche tout au plus les abus par le seul moyen d'une imprécision ou d'une généralité excessives dans l'énoncé de ce qui doit être décrit «avec précision», pourvu qu'il s'agisse aussi d'une enquête à laquelle la loi autorise l'organisme requérant à procéder et que les documents spécifiés soient pertinents. La protection accordée se réduit à l'exigence, expressément formulée, que la divulgation demandée ne soit pas déraisonnable.

Au fur et à mesure que cela a pris forme dans la jurisprudence, on en est arrivé aux résultats particuliers suivants. À la différence d'un mandat, il n'est pas nécessaire qu'une accusation ou une plainte précise relative à la violation d'une loi ait été portée ou que l'ordonnance ait été rendue par suite d'une telle accusation ou plainte. Il suffit que l'enquête soit tenue pour une fin autorisée par la loi, c'est-à-dire pour une fin qui relève du pouvoir du Congrès. Des décisions allant dans ce sens ont été rendues peut-être le plus souvent dans le cas d'enquêtes menées par un grand jury, mais fréquemment aussi dans le cas d'enquêtes générales ou statistiques autorisées par le Congrès. L'exigence d'un «motif plausible, soutenu par serment ou affirmation», qui s'applique littéralement aux mandats, est remplie dans le cas d'une ordonnance de production dès que le tribunal décide que l'enquête a été autorisée par le Congrès, qu'elle vise un but relevant du pouvoir du Congrès et que les documents demandés sont pertinents pour les fins de l'enquête. Pour le reste, l'exigence du caractère raisonnable, y compris celle de la précision dans la description «[du] lieu à fouiller et [d]es personnes ou choses à saisir», qui, elle aussi, s'applique littéralement aux mandats, se ramène à une désignation des documents à produire qui soit suffisante aux fins de l'enquête en question, sans être d'une précision excessive. Il est nécessairement impossible, répétons-le, de réduire tout cela à une formule, car la pertinence et le caractère suffisant ou la généralité excessive du subpoena varient selon la nature, les objets et l'ampleur de l'enquête.

Deux raisons m'incitent à penser que le point de vue exposé ci-dessus convient mal à la question

appeal for two reasons. First, as I pointed out above, s. 8 of the *Charter* is a unique provision, worded quite differently from the Fourth Amendment and does not share the same historical, political and philosophic underpinnings. Secondly, the *Walling* case dealt with a regulatory and not a criminal investigation. Section 17 of the *Combines Investigation Act* contemplates an investigation one of the purposes of which is to collect evidence with a view to the laying of a "criminal" charge. Section 17 is contained in the same part of the Act as s. 10, the section in relation to which the criteria in *Hunter* were imposed. In my view, it is important to look past the "form" of the information gathering, i.e. by *subpoena duces tecum*, and look at the effect the information gathering has on the individual, i.e. the compulsory production of evidence which can be used in a criminal prosecution.

My point can be made by way of an example. The scheme of the *Combines Investigation Act* could well be imposed in the *Criminal Code* and indeed originally was. The legislation would thus allow police investigators to compel suspects to produce documents and other physical evidence in connection with a particular investigation. Without question this would assist the police in pursuing a state purpose. However, it would be anathema to our notions of privacy, respect for the individual and the presumption of innocence. This is why the *Criminal Code* contemplates instead the issuance of a warrant in compliance with the criteria in *Hunter*.

For the above reasons I would conclude that the criteria set forth in *Hunter* must be substantially if not completely met by s. 17 of the *Combines Investigation Act*. The question then is whether s. 17 does meet these criteria or at least responds to the policy concerns underlying these criteria in a meaningful way.

The criteria, once again, are as follows:

dont nous sommes saisis en l'espèce. Premièrement, ainsi que je l'ai déjà souligné, l'art. 8 de la *Charte* est une disposition unique dont le texte diffère nettement de celui du Quatrième amendement et qui n'a pas les mêmes assises historiques, politiques et philosophiques. Deuxièmement, il s'agit dans l'affaire *Walling* d'une enquête menée en vertu d'un règlement et non pas d'une enquête criminelle. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit la tenue d'une enquête dont un des objets est de recueillir des éléments de preuve en vue de porter une accusation «criminelle». L'article 17 figure dans la même partie de la Loi que l'art. 10 à l'égard duquel ont été imposés les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Il importe, selon moi, d'aller au-delà de la «forme» de la cueillette des renseignements, c.-à-d. par le recours au *subpoena duces tecum*, et d'examiner l'effet de cette cueillette de renseignements sur l'individu, c.-à-d. la production obligatoire d'éléments de preuve susceptibles d'être utilisés dans des poursuites criminelles.

Voici un exemple qui illustre mon point de vue. Le régime créé par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* pourrait très bien être imposé dans le *Code criminel* et, en fait, il l'a été à l'origine. La loi permettrait ainsi aux policiers enquêteurs de contraindre les suspects à produire des documents et d'autres éléments de preuve matérielle dans le cadre d'une enquête donnée. Cela aiderait sans aucun doute la police à poursuivre un but visé par l'État. Ce serait toutefois contraire à nos notions de vie privée, de respect de l'individu et de la présomption d'innocence. Voilà pourquoi le *Code criminel* prévoit plutôt la délivrance d'un mandat conformément aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*.

Pour les raisons que je viens d'exposer, je conclus que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* doit satisfaire en grande partie, sinon entièrement, aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. La question qui se pose alors est de savoir si l'art. 17 satisfait réellement à ces critères ou si, à tout le moins, il constitue une réponse valable aux préoccupations d'intérêt public sous-jacentes à ces critères.

Voici de nouveau les critères en question:

- | | |
|--|---|
| <p>(a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;</p> <p>(b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed;</p> <p>(c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and</p> <p>(d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.</p> | <p>a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;</p> <p>b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;</p> <p>c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et</p> <p>d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.</p> |
|--|---|

The respondents submit that these requirements are met in substance because it is open to the individual, prior to giving up possession of the documents, to challenge the s. 17 order before a judge either by way of an application for review or by way of s. 17(3) should the Commission try to enforce production. In my opinion the availability of this limited form of review in no way meets the concerns underlying the *Hunter* criteria. First, not all individuals will have the legal acumen to realize that this form of review is available. Some individuals may, when met with a state demand, immediately comply with it out of a sense of obligation or a fear of the repercussions for failing to do so. The right of review would do nothing to assist these people whereas a system requiring prior authorization undoubtedly would. Second, since under the legislation the Director need not have reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed when he applies to the Commission for an order, the second criterion is entirely ignored under the legislation. If the Commission need not be satisfied of the Director's belief, it is difficult to see what role is left for a court reviewing the Commission's decision.

These criticisms also hold true with regard to the third and fourth *Hunter* criteria. The legisla-

Les intimés soutiennent qu'on a satisfait pour l'essentiel à ces critères puisque, si la Commission tente de le forcer à produire les documents, l'individu peut, avant de les remettre, contester devant un juge, soit par voie de demande de contrôle judiciaire, soit en vertu du par. 17(3), l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 17. À mon avis, la possibilité d'obtenir cette forme de contrôle limitée est bien loin de répondre aux préoccupations sous-jacentes aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. En premier lieu, ce ne sont pas tous les particuliers qui connaissent suffisamment le droit pour se rendre compte de l'existence de ce type de contrôle. Devant une demande émanant de l'État, certains individus pourront y accéder immédiatement soit parce qu'ils se sentiront obligés de le faire, soit par crainte des conséquences auxquelles ils s'exposeront s'ils ne le font pas. Le droit à un contrôle judiciaire n'aiderait en rien ces personnes, tandis qu'un système exigeant l'obtention d'une autorisation préalable leur serait certainement utile. En second lieu, comme le directeur n'est pas tenu en vertu de la Loi d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise quand il demande à la Commission de rendre une ordonnance, la Loi ne tient aucunement compte du deuxième critère. Si la Commission n'a pas à être convaincue de la croyance du directeur, on voit mal quel rôle peut encore jouer un tribunal qui contrôle la décision de la Commission.

Ces critiques valent également pour les troisième et quatrième critères énoncés dans l'arrêt

tion does not impose a requirement that the Commission satisfy itself that the Director has reasonable and probable grounds to believe that evidence of a particular offence will be uncovered through the production. Moreover, there is no requirement in the legislation that only documents strictly relevant to the investigation of a specific offence be produced.

The Commission's jurisdiction is cast in such broad terms that it is hard to envisage a situation in which a reviewing court could find that the Commission committed a jurisdictional error in issuing an order. It has been suggested that a reviewing court might read the criteria set out in *Hunter* into the statute and exercise its reviewing function on that basis. This argument must be rejected. It is not for the courts, in effect, to amend legislation to make it constitutional. As Dickson J. stated in *Hunter*, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the Act violate s. 8 of the *Charter* since they authorize a seizure which does not meet the test of reasonableness set out in *Hunter*.

Section 1 of the Charter

I need not repeat the interpretive principles applicable to s. 1 of the *Charter*. These have already been set forth earlier in my reasons.

I have already concluded that the governmental objectives intended to be achieved in this part of the *Combines Investigation Act* are of sufficient

Hunter. La Loi n'impose à la Commission aucune obligation de s'assurer que le directeur a des motifs raisonnables et probables de croire que la production permettra de découvrir des éléments de preuve établissant la perpétration d'une infraction particulière. D'autre part, il n'existe dans la Loi aucune exigence de produire seulement les documents qui se rapportent strictement à l'enquête sur une infraction précise.

La compétence de la Commission est formulée en des termes si généraux qu'on a du mal à imaginer une situation dans laquelle un tribunal judiciaire qui procède à un contrôle pourrait conclure que la Commission a commis une erreur de compétence en rendant une ordonnance. On a laissé entendre que le tribunal judiciaire qui effectue un contrôle pourrait interpréter la Loi comme comportant les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et exercer sur ce fondement sa fonction de contrôle. Cet argument ne saurait être retenu. En fait, il n'appartient pas aux tribunaux de modifier un texte législatif de manière à le rendre constitutionnel. Comme l'affirme le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*.

Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la Loi violent l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils autorisent une saisie qui ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable énoncé dans l'arrêt *Hunter*.

L'article premier de la Charte

Il n'est pas nécessaire de répéter les principes d'interprétation applicables à l'article premier de la *Charte*, qui ont déjà été exposés dans les présents motifs.

J'ai déjà conclu que les objectifs que le gouvernement visait à atteindre dans la partie de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui est ici

importance to override constitutionally protected rights and freedoms. I have also concluded that the means employed, the compulsory production of documents, are rationally connected to the broad purposes of the Act. The only outstanding question then is whether or not the means employed impair the individual's s. 8 right as little as possible.

I must say that I have great difficulty in understanding how any legislation authorizing an "unreasonable search or seizure" can be a "reasonable limit . . . demonstrably justified in a free and democratic society". However, it is clear that in this case the criteria set out in *Hunter* are not met. In the absence of any evidence to show that the objectives of the Act would be frustrated by adherence to the *Hunter* criteria, it is impossible to conclude that the s. 8 right of the appellants was minimally impaired.

I would conclude therefore that ss. 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act*, to the extent that they compel the production of books, papers, records or other documents, violate s. 8 of the *Charter* and are not saved by s. 1. To that extent then these provisions are of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

5. Conclusions

Section 17 of the *Combines Investigation Act* violates s. 7 of the *Charter* to the extent it compels suspects in what is in effect a criminal investigation to testify absent protection against the use of evidence derived as a result of that testimony in a criminal prosecution. The provision is not saved under s. 1 of the *Charter*.

Sections 17(1) and 17(4) of the *Combines Investigation Act* violate s. 8 of the *Charter* to the extent they compel production of documents in relation to a criminal or quasi-criminal matter without complying with the safeguards enunciated

en cause sont suffisamment importants pour justifier la suppression des droits et libertés garantis par la Constitution. J'ai conclu en outre que le moyen employé, savoir la production obligatoire de documents, a un lien rationnel avec les objectifs généraux de la Loi. Il reste donc à trancher seulement la question de savoir si ce moyen porte le moins possible atteinte au droit que l'art. 8 garantit aux particuliers.

Je dois dire que je comprends fort mal comment une loi autorisant «[des] fouilles, [des] perquisitions ou [des] saisies «abusives» peut constituer une «limite[. . .] raisonnable[. . .] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il est toutefois évident qu'en l'espèce on n'a pas satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. À défaut d'éléments de preuve établissant que l'application de ces critères aurait pour effet de contrecarrer les objectifs de la Loi, on ne saurait conclure que le droit garanti aux appelants par l'art. 8 n'a subi qu'une atteinte minimale.

Je conclus en conséquence que les par. 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, dans la mesure où ils forcent à produire des livres, des pièces, des archives ou d'autres documents, vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* et ne sont pas sauvegardés par l'article premier. Ainsi, dans cette mesure, ces dispositions sont inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. Conclusions

L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il contraint les suspects, dans le cadre de ce qui constitue en réalité une enquête criminelle, à témoigner sans aucune protection contre l'utilisation dans des poursuites criminelles d'éléments de preuve dérivée résultant de ce témoignage. L'article premier de la *Charte* ne vient pas sauvegarder l'art. 17.

Les paragraphes 17(1) et (4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* violent l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où ils forcent la production de documents relativement à une affaire criminelle ou quasi-criminelle, sans respecter les garanties

in *Hunter*. These provisions are also not saved under s. 1 of the *Charter*.

6. Disposition

I would allow the appeal and declare s. 17 of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter* and of no force or effect under s. 52(1) to the extent of the inconsistency. I would declare the orders to appear made pursuant to the section to be likewise of no force or effect. I would award the appellants their costs both here and in the Court of Appeal and I would answer the constitutional question in the affirmative.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises the issue whether s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which permits the examination under oath of witnesses and the production of business records in the course of carrying on an investigation under the Act violates s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 7, of course, guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 8 accords everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. It says something about the complexities of the issues that I have also felt constrained to write.

Facts

The facts and judicial history of this appeal are fully set forth in the reasons of my colleague Wilson J., and it is sufficient for me to refer only to such of these matters as are essential to an understanding of what follows.

The corporate appellant, Thomson Newspapers Limited, and several of its officers, the individual appellants, were served with orders, pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act*, to appear to

énoncées dans l'arrêt *Hunter*. Ces dispositions non plus ne sont pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

a 6. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et, partant, inopérant en vertu du par. 52(1). Je suis d'avis de déclarer inexécutaires également les ordonnances de comparution délivrées en vertu de cette disposition. Je suis d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens tant en notre Cour qu'en Cour d'appel et de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur la question de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui permet l'interrogatoire sous serment de témoins et la production de documents de l'entreprise au cours d'une enquête tenue en vertu de la Loi, viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 7 garantit évidemment à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et prévoit qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'article 8 reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé et Sopinka. Ils nous donnent une idée de la complexité des questions en litige sur lesquelles j'ai cru devoir me prononcer également.

h Les faits

Les faits et l'historique judiciaire de ce pourvoi sont exposés en détail dans les motifs de ma collègue le juge Wilson et il suffit que je rappelle seulement les points essentiels à la compréhension de ce qui suit.

Conformément à l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, des ordonnances de comparution ont été signifiées à la société appelante, Thomson Newspapers Limited, et à plu-

be examined under oath and to produce documents described in the orders in connection with an inquiry to determine whether there was evidence that the corporation or its subsidiaries had committed the offence of predatory pricing contrary to s. 34(1)(c) of the Act.

The appellants then sought a declaration before J. Holland J. of the Ontario High Court that s. 17 and the orders to appear violated ss. 7 and 8 of the *Charter*. For reasons set forth in Wilson J.'s reasons, J. Holland J. held that in so far as s. 17 authorized the compulsory production of documents, it was in violation of s. 8 of the *Charter*, but that it did not violate s. 7: (1986), 54 O.R. (2d) 143. However, the Ontario Court of Appeal, for reasons also set forth in my colleague's reasons, held that s. 17 violated neither of these provisions: (1986), 57 O.R. (2d) 257.

Leave to appeal to this Court was sought and granted, [1987] 1 S.C.R. xiv, and the following constitutional question was set:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

The impugned provision reads as follows:

17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

sieurs de ses dirigeants, les personnes physiques appelantes, leur enjoignant de comparaître afin d'être interrogées sous serment et de produire les documents décrits dans les ordonnances, relativement à une enquête tenue en vue de déterminer s'il existait des éléments de preuve établissant que la société ou ses filiales avaient commis l'infraction de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'al. 34(1)(c) de la Loi.

Les appellants ont alors sollicité auprès du juge J. Holland de la Haute Cour de l'Ontario un jugement déclarant que l'art. 17 et les ordonnances de comparution violaient les art. 7 et 8 de la *Charte*. Pour les raisons exposées dans les motifs du juge Wilson, le juge Holland a conclu que, dans la mesure où l'art. 17 permettait la production obligatoire de documents, il violait l'art. 8 de la *Charte* mais non l'art. 7: (1986), 54 O.R. (2d) 143. Toujours pour les raisons exposées dans les motifs de ma collègue, la Cour d'appel de l'Ontario a cependant conclu que l'art. 17 ne violait ni l'une ni l'autre de ces dispositions: (1986), 57 O.R. (2d) 257.

Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi, [1987] 1 R.C.S. xiv, et la question constitutionnelle suivante a été formulée:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

La disposition contestée se lit ainsi:

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records, or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

It should be noted that s. 20 of the Act provides for a number of safeguards for witnesses and persons being investigated. Of particular relevance is s. 20(2) dealing with incriminating evidence, which in Wilson J.'s view affords insufficient pro-

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un membre de la Commission.

Il convient de souligner que l'art. 20 de la Loi accorde aux témoins et aux personnes qui font l'objet d'une enquête un certain nombre de garanties. Je souligne l'importance particulière du par. 20(2) portant sur les témoignages incriminants,

tection to witnesses to permit s. 17 to withstand *Charter* scrutiny. That provision reads as follows:

20. ...

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Section 8 of the Charter

I shall deal first with s. 8 of the *Charter*. I agree with Wilson J. that that provision grants the right to be secure not only against searches, but against seizures as well. I so stated in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 431, where I went on to add that the essence of a seizure was the taking of a thing from a person by a public official without that person's consent. I see little difference between taking a thing and forcing a person to give it up. I thus also agree with Wilson J. that an order to produce documents under s. 17 of the Act constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The real question under s. 8, therefore, is whether a seizure made under s. 17 can be considered a reasonable seizure.

Reasonableness and the Nature of the Legislation

The difficulty of this question is brought sharply into focus by the opposing reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. Underlying their different approaches to the constitutionality of s. 17 is a disagreement as to the juristic character of the Act. Whereas Wilson J. views it essentially as criminal law, L'Heureux-Dubé J. views it as

qui, de l'avis du juge Wilson, ne protège pas suffisamment les témoins pour permettre à l'art. 17 de résister à un examen fondé sur la *Charte*. Cette disposition se lit ainsi:

^a 20. ...

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

L'article 8 de la Charte

Je vais d'abord traiter de l'art. 8 de la *Charte*. Je partage l'avis du juge Wilson que cette disposition reconnaît le droit à la protection non seulement contre les perquisitions et les fouilles, mais aussi contre les saisies. C'est d'ailleurs ce que j'ai dit dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 431, où j'ai ajouté qu'il y a saisie lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. Je ne vois pas vraiment de différence entre le fait de prendre une chose et le fait d'obliger une personne à la remettre. Je suis donc également d'accord avec le juge Wilson qu'une ordonnance de production de documents rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La véritable question que soulève ce pourvoi à l'égard de l'art. 8 est donc de savoir si une saisie pratiquée en vertu de l'art. 17 peut être considérée comme raisonnable.

Le caractère raisonnable et la nature de la Loi

Le problème que présente cette question est clairement mis en évidence dans les motifs divergents des juges Wilson et L'Heureux-Dubé. On dénote à la base de leur façon différente d'aborder la constitutionnalité de l'art. 17 un désaccord quant à la nature juridique de la Loi. Alors que le juge Wilson estime que la Loi est essentiellement

regulatory, and hence as part of our administrative law. The resolution of this issue is crucial to the disposition of this appeal. Since the adoption of the *Charter*, Canadian courts have on numerous occasions taken the view that the standard of reasonableness which prevails in the case of a search or seizure made in the course of enforcement of the criminal law will not usually be appropriate to a determination of reasonableness in the administrative or regulatory context; see *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.), at p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), at p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), at p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, at p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.), at pp. 319, 324 and 341-43; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.), at pp. 271-73. The same approach underlies the decision of this Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, released concurrently, in which an order to produce documents issued under s. 231(3) of the *Income Tax Act* is viewed as administrative and held to be not unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

The application of a less strenuous and more flexible standard of reasonableness in the case of administrative or regulatory searches and seizures is fully consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8. As Dickson J. made clear in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the purpose of s. 8 is the protection of the citizen's reasonable expectation of privacy (p. 159). But the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state. In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is

de nature criminelle, le juge L'Heureux-Dubé estime qu'elle est de nature réglementaire et qu'elle fait donc partie de notre droit administratif. La décision qui sera prise à cet égard est essentielle à la résolution de ce pourvoi. Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont répété à maintes reprises que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, des perquisitions ou des saisies effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans le contexte administratif ou réglementaire; voir *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.), à la p. 307; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.), à la p. 96; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), à la p. 512; *R. v. Quesnel* (1985), 12 O.A.C. 165, à la p. 169; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.), aux pp. 319, 324 et 341 à 343; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.), aux pp. 271 à 273. Le même raisonnement sous-tend l'arrêt de notre Cour *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 rendu en même temps que le présent arrêt, dans lequel une ordonnance de production de documents rendue en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est considérée comme étant de nature administrative et ne pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

L'application d'une norme du caractère raisonnable moins sévère et plus souple dans le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies en matière administrative ou réglementaire est tout à fait conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8. Comme le juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l'objet de l'art. 8 est de protéger les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée (p. 159). Mais ce degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus

compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations. In many cases, this regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state. The restaurateur's compliance with public health regulations, the employer's compliance with employment standards and safety legislation, and the developer's or homeowner's compliance with building codes or zoning regulations, can only be tested by inspection, and perhaps unannounced inspection, of their premises. Similarly, compliance with minimum wage, employment equity and human rights legislation can often only be assessed by inspection of the employer's files and records.

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

The situation is, of course, quite different when the state seeks information, not in the course of regulating a lawful social or business activity, but in the course of investigating a criminal offence. For reasons that go to the very core of our legal

ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

^a Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

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

La situation est évidemment très différente lorsque l'État cherche à obtenir des renseignements non pas dans le cadre de la réglementation d'une activité sociale ou commerciale légale, mais au cours d'une enquête relative à une infraction crimi-

tradition, it is generally accepted that the citizen has a very high expectation of privacy in respect of such investigations. The suspicion cast on persons who are made the subject of a criminal investigation can seriously, and perhaps permanently, lower their standing in the community. This alone would entitle the citizen to expect that his or her privacy would be invaded only when the state has shown that it has serious grounds to suspect guilt. This expectation is strengthened by virtue of the central position of the presumption of innocence in our criminal law. The stigma inherent in a criminal investigation requires that those who are innocent of wrongdoing be protected against overzealous or reckless use of the powers of search and seizure by those responsible for the enforcement of the criminal law. The requirement of a warrant, based on a showing of reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed and evidence relevant to its investigation will be obtained, is designed to provide this protection.

The Juristic Character of Combines Legislation

Applying the above distinction to this appeal, I think the initial question can be stated in the following form: what degree of privacy can those subject to investigation under the *Combines Investigation Act* reasonably expect in respect of the activities and matters with which such investigation may be concerned? In approaching this question, I would first of all point out that I do not regard the fact that the Act and its predecessors were characterized as criminal law for the purposes of division-of-powers analysis as at all determinative. That characterization depended largely on the restrictive reading given by the Privy Council to the trade and commerce power, a reading which has since been largely modified; see *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at pp. 658-63. Quite apart from this, even if the Act may legitimately be looked upon as falling under the criminal law power for the purposes of s. 91 of the *Constitution*

nelle. Pour des raisons qui relèvent du fondement même de nos traditions juridiques, on comprend généralement que les attentes du citoyen sont très grandes quant au respect de son droit à la vie privée dans le cadre de ces enquêtes. Le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être même de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de s'attendre à ce qu'on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner qu'il est coupable. Cette attente est renforcée par le rôle central de la présomption d'innocence dans notre droit criminel. Les stigmates inhérents aux enquêtes criminelles exigent que ceux qui n'ont commis aucun délit soient protégés contre l'exercice excessif ou téméraire des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie que détiennent les responsables de l'application du droit criminel. L'obligation d'avoir un mandat, fondée sur la preuve de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la preuve pertinente à l'enquête y relative sera obtenue, est conçue pour procurer cette protection.

La nature juridique des lois en matière de coalitions

Appliquant en l'espèce la distinction précédemment établie, je pense que la première question peut être formulée de la façon suivante: dans quelle mesure les personnes faisant l'objet d'une enquête en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peuvent-elles raisonnablement s'attendre au respect de leur droit à la vie privée relativement aux activités et aux pratiques pouvant être visées par cette enquête? En abordant cette question, je voudrais d'abord souligner que je ne considère pas comme déterminant le fait que la Loi et les lois antérieures en la matière aient été qualifiées de droit criminel aux fins d'une analyse en fonction du partage des compétences. Cette qualification dépendait en bonne partie de l'interprétation restrictive donnée par le Conseil privé à la compétence en matière d'échanges et de commerce, une interprétation qui a depuis été considérablement modifiée; voir l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1

Act, 1867, this would not preclude alternative characterizations that would place the Act under another head of federal legislative power more germane to the present issue; see *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284.

Nor do I regard it as determinative that the Act defines offences and provides for the imprisonment of those who commit them. While I recognize that these features give the Act something of the flavour of criminal law, I do not believe that the fact that an Act provides for sanctions usually associated with the criminal law necessarily means that those subject to its operation have the same expectations of privacy as persons suspected of committing what are by their very nature criminal offences. While I will have more to say about this matter later, it is for the present sufficient to observe that there are pragmatic reasons for the inclusion of imprisonment among the sanctions provided for in the Act which do not alter its essential character as regulatory legislation and which are in fact indicative of the activities and matters it is designed to regulate.

What, in my view, is determinative is the nature of the conduct addressed by the legislation and the purposes for which it is designed to regulate that conduct. There can be little doubt that the conduct prohibited by the Act is far removed from what is the typical concern of the criminal law system, i.e. the “underlining [of] crucial social values” (emphasis added) where “[t]he sort of things prohibited—acts of violence, dishonesty and so on—are acts violating common sense standards of humanity” which we regard as meriting disapprobation and punishment; see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976), at pp. 3, 5 and 7; see also *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), at p. 503; reasons adopted [1984] 1 S.C.R. 266; *R. v. Morgentaler*,

R.C.S. 641, aux pp. 658 à 663. Cette question mise à part, même si l’on peut considérer légitimement que la Loi relève de la compétence en matière de droit criminel aux fins de l’art. 91 de la *a* *Loi constitutionnelle de 1867*, cela n’empêcherait pas de la qualifier autrement, de manière à la rattacher à un autre chef de compétence législative fédérale qui se rapprocherait davantage de la question en l’espèce: voir les arrêts *Procureur général ^b du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284.

Je ne considère pas non plus comme déterminant le fait que la Loi définit des infractions et prévoit des peines d’emprisonnement pour ceux qui les commettent. Bien que j’admette que ces aspects donnent à la Loi une certaine saveur de droit criminel, je ne crois pas que le fait qu’une loi prévoit des sanctions habituellement associées au droit criminel signifie nécessairement que les personnes assujetties à son application ont les mêmes attentes en matière de respect de leur vie privée ^e que les personnes soupçonnées d’avoir commis ce qui constitue en soi des infractions criminelles. Je reviendrai là-dessus plus loin, il suffit pour l’instant de souligner qu’il existe des raisons pragmatiques de prévoir l’incarcération parmi les sanctions prévues par la Loi, qui ne modifient pas sa nature essentiellement réglementaire et qui révèlent effectivement les activités et pratiques qu’elle a pour but de réglementer.

À mon avis, ce qui est déterminant, c’est la nature de la conduite visée par la Loi et les raisons pour lesquelles celle-ci est conçue pour réglementer cette conduite. Il n’y a pas de doute que la ^h conduite interdite par la Loi s’écarte considérablement de ce qui constitue le domaine typique du système de droit criminel, c’est-à-dire la «[mise] en lumière [d]es valeurs sociales fondamentales» (je souligne) ou «[l]es comportements prohibés, par ⁱ exemple, les actes de violence ou de malhonnêteté, sont des comportements qui violent des normes humanitaires imposées par le sens commun», et qui justifient qu’on les désapprouve et les sanctionne; voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), aux pp. 4, 5 et 7; voir également l’arrêt *R. v. Chiasson* (1982), 135

[1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70. At bottom, the Act is really aimed at the regulation of the economy and business, with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. This goal has obvious implications for Canada's material prosperity. It also has broad political overtones in that it is aimed at preventing concentration of power, of critical importance in the present case as it involves control of the press. It must be remembered that private organizations can be just as oppressive as the state when they gain such a dominant position within their sphere of operations that they can effectively force their will upon others.

The conduct regulated or prohibited by the Act is not conduct which is by its very nature morally or socially reprehensible. It is instead conduct we wish to discourage because of our desire to maintain an economic system which is at once productive and consistent with our values of individual liberty. It is, in short, not conduct which would be generally regarded as by its very nature criminal and worthy of criminal sanction. It is conduct which is only criminal in the sense that it is in fact prohibited by law. One's view of whether it should be so proscribed is likely to be functional or utilitarian, in the sense that it will be based on an assessment of the desirability of the economic goals to which combines legislation is directed or its potential effectiveness in achieving those goals. It is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons.

The Act is thus not concerned with "real crimes" but with what has been called "regulatory" or "public welfare" offences. The distinction is clearly made by the Law Reform Commission of Canada in *Criminal Responsibility for Group Action* (Working Paper 16, 1976), at pp. 11-12. After having defined real crimes as those concerned with the reinforcement of society's fundamental values, the Commission says, at p. 12, that a regulatory offence

D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), à la p. 503; motifs retenus à [1984] 1 R.C.S. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70. Au fond, la Loi vise réellement la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Cet objectif comporte évidemment des conséquences pour la prospérité matérielle du Canada. Il comporte également des incidences politiques importantes en ce qu'il vise à prévenir la concentration du pouvoir, d'importance primordiale ici puisque la présente affaire porte sur le contrôle de la presse. Rappelons que des organismes privés peuvent être tout aussi oppressifs que l'État lorsqu'ils acquièrent un statut tellement important dans leur milieu qu'ils peuvent effectivement imposer leur volonté aux autres.

La conduite réglementée ou interdite par la Loi n'est pas en soi moralement ou socialement répréhensible. Il s'agit plutôt d'une conduite que nous voulons décourager en raison de notre volonté de maintenir un système économique qui soit productif et conforme à nos valeurs de liberté individuelle. Bref, ce n'est pas une conduite qui, de par sa nature même, serait généralement considérée comme criminelle et passible de sanctions criminelles. C'est une conduite qui n'est criminelle que parce qu'elle est effectivement interdite par la loi. Une opinion quant à savoir si elle devrait être ainsi interdite sera vraisemblablement fonctionnelle ou utilitaire, en ce sens qu'elle sera fondée sur une évaluation du caractère souhaitable des objectifs économiques visés par la loi relative aux coalitions ou de son efficacité possible dans la poursuite de ces objectifs. C'est une conduite qui est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques.

La Loi ne porte donc pas sur des «crimes proprement dits» mais sur ce que l'on appelle des infractions de nature «réglementaire» ou contre le «bien-être public». La Commission de réforme du droit du Canada établit clairement cette distinction dans son document de travail *Responsabilité pénale et conduite collective* (document de travail 16, 1976), aux pp. 11 et 12. Après avoir défini les crimes proprement dits comme ceux qui concernent le renforcement des valeurs fondamentales de la société, la Commission affirme, à la p. 12, que dans le cas de l'infraction de nature réglementaire,

is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

The regulatory nature of the offences defined in the Act is made clear by even a cursory consideration of the secondary literature on Canadian competition law. That literature concerns itself with the question of whether Canada should have anti-combines legislation as much as with the sufficiency and details of the legislation. The potential effectiveness of combines legislation in achieving the goals I have referred to, and the possible ill-effects the pursuit of these goals may have on our international competitiveness, have been much debated. It is difficult to imagine a similarly pragmatic and instrumental debate in respect of the offences, such as murder, assault, or theft, which we would immediately and unhesitatingly regard as concerned with criminal behaviour and deserving of punishment.

In the judicial sphere, the regulatory character of the Act has recently been recognized by this Court. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, supra*, the Court considered whether s. 31.1 of the Act, which creates a private right of action in respect of loss suffered as a result of conduct contrary to the Act or an order made under it by a court or the Restrictive Trade Practices Commission, was *ultra vires* Parliament. After reviewing and describing the overall structure of the Act, Dickson C.J., speaking for the Court, summarized his findings, at p. 676, as follows:

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities

[i]l ne s'agit pas cette fois de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

La nature réglementaire des infractions définies dans la Loi ressort clairement d'un examen même superficiel des ouvrages de doctrine accessoires sur le droit de la concurrence au Canada. Ces ouvrages portent tout autant sur la question de savoir si le Canada devrait avoir des lois anticoncurrence que sur le caractère suffisant et les détails de la loi. L'efficacité potentielle d'une loi en matière de coalitions, pour ce qui est de réaliser les objectifs que j'ai mentionnés, et les effets néfastes que peut avoir la poursuite de ces objectifs sur notre concurrence sur le plan international ont fait l'objet de nombreux débats. Il est difficile d'imaginer un débat aussi pragmatique et pratique à l'égard des infractions, comme le meurtre, les voies de fait ou le vol, que nous considérerons automatiquement et sans hésitation comme un comportement criminel méritant d'être puni.

Dans le domaine judiciaire, la Cour a récemment reconnu le caractère réglementaire de la Loi. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, la Cour devait déterminer si l'art. 31.1 de la Loi, qui crée un droit d'action de nature privée en cas de perte subie par suite d'un comportement contraire à la Loi ou du non-respect d'une ordonnance d'un tribunal ou de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, excédait la compétence du Parlement. Après avoir examiné et décrit le régime global de la Loi, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a résumé ses conclusions de la façon suivante, à la p. 676:

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités

that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

This assessment of the Act is consistent with the above discussion. First and most obviously, it refers to the Act as a “complex scheme of economic regulation” (emphasis added) which is “designed to discourage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy”. In other words, the Act does not seek to prevent the proscribed conduct as an end in itself, but seeks instead to prevent the results to which it is believed the behaviour will lead. More subtly, in describing the criminal and administrative remedies which the Act provides for as “the establishment of a remedial mechanism”, Dickson C.J. suggests that the use of criminal sanctions in this area is pragmatic or functional in the sense that Parliament has made the determination that such sanctions are necessary to induce compliance with the Act.

This is so, not only of the fines that may be imposed under the Act, but of the sanction of imprisonment that may be imposed in respect of a number of provisions under the Act. For example, a prison sentence of up to five years, with or without an accompanying fine, can be imposed on any individual found guilty of the following offences: conspiracy in respect to various forms of anti-competitive behaviour (s. 32); bid-rigging (s. 32.2); false advertising (s. 36); the making of unsubstantiated representations as to tests and testimonials (s. 36.1); pyramid selling (s. 36.3); referral selling (s. 36.4); offences in relation to the holding of promotional contests (s. 37.2); price maintenance (s. 38); improper refusal to supply (s. 38). In addition, a person can be sentenced to two

qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

Cette évaluation de la Loi est conforme à l'analyse précédente. Premièrement et de façon très évidente, elle qualifie la Loi de «système de réglementation économique complexe» (je souligne) qui «vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne». En d'autres termes, la Loi vise ultimement à prévenir non pas la conduite interdite, mais les résultats que l'on croit découler de celle-ci. De façon plus subtile, en décrivant les recours de nature administrative et criminelle que la Loi prévoit comme «l'établissement d'un mécanisme de recours», le juge en chef Dickson laisse entendre que l'emploi de sanctions criminelles dans ce domaine est pragmatique ou fonctionnel en ce sens que le Parlement a décidé que ces sanctions sont nécessaires pour faire respecter la Loi.

Il en est ainsi non seulement des amendes qui peuvent être imposées en vertu de la Loi, mais de la peine d'incarcération qui peut être imposée relativement à un certain nombre de dispositions de la Loi. Par exemple, un emprisonnement maximal de cinq ans, avec ou sans amende, peut être imposé à quiconque est déclaré coupable des infractions suivantes: complot relatif à diverses formes de comportements contraires à la concurrence (art. 32); truquage des offres (art. 32.2); publicité trompeuse (art. 36); indications non fondées quant à l'épreuve et aux attestations (art. 36.1); système de vente pyramidale (art. 36.3); vente par recommandation (art. 36.4); infractions relatives à la tenue de concours publicitaires (art. 37.2); maintien des prix (art. 38); refus injustifiable de fournir (art.

years in prison under s. 33, which refers to monopolies and mergers, as well as under s. 34, which defines various illegal trade practices. A two-year sentence can also be imposed under any of the sections dealing with false advertising, representations as to tests or testimonials, or pyramid and referral selling, provided that they are prosecuted by way of summary proceeding. Again, such a sentence may be accompanied by a fine. Finally, there are several sections which provide for the penalty of a one-year term in prison, such as s. 37.1 (selling above advertised price).

I should perhaps elaborate on the underlying reasons for these sanctions. In terms of enforcement mechanisms, combines legislation cannot rely on the type of periodic on-site inspection which is characteristic of many other types of regulatory legislation. This is because it regulates economic activity generally, whereas most other types of regulatory legislation are designed to deal only with certain trades or businesses. To undertake the periodic visitation of all or even most businesses operating within Canada would, from a financial and administrative standpoint, be a massive and perhaps impossible task. Even if it could be financed and effectively managed, it would necessarily involve the regular disruption of business activity, which could in turn decrease overall economic efficiency.

For this reason, as both Canadian and American writers have maintained, the effective implementation of anti-combines or anti-trust legislation depends on the willingness of businesses to conform to the standards of conduct defined in such legislation independently of the frequency or likelihood of state inspection; see P. K. Gorecki and W. T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976", in J. R. S. Prichard, W. T. Stanbury and T. A. Wilson, eds., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics* (1979), at p. 173; E. Rostow, *Planning for Freedom* (1962),

38). En outre, une personne est passible d'un emprisonnement de deux ans en vertu de l'art. 33 qui porte sur les monopoles et les fusions, ainsi qu'en vertu de l'art. 34 qui définit diverses pratiques commerciales illégales. Un emprisonnement de deux ans peut également être imposé en vertu de l'un des articles qui portent sur la publicité trompeuse, les indications quant aux épreuves ou aux attestations ou les ventes pyramidales ou par recommandation, lorsque la personne est poursuivie par voie de procédure sommaire. Ici encore, cette peine peut s'accompagner d'une amende. Enfin, il existe plusieurs dispositions qui imposent une peine d'incarcération d'un an, comme l'art. 37.1 (vente au-dessus du prix annoncé).

Je devrais peut-être m'étendre sur les raisons qui sous-tendent ces sanctions. Quant aux mécanismes d'application, les lois relatives aux coalitions ne peuvent s'appuyer sur le type d'inspection périodique des lieux qui caractérise plusieurs autres types de lois de nature réglementaire, et ce, parce que la Loi régleme l'activité économique en général, alors que la plupart des autres types de lois de nature réglementaire ne visent que certains commerces ou entreprises. Entreprendre la visite périodique de toutes les entreprises exploitées au Canada ou même de la plupart de celles-ci représenterait, du point de vue financier et administratif, une tâche immense et vraisemblablement impossible. Même si elle pouvait faire l'objet d'un financement et d'une gestion efficace, elle aurait forcément pour effet de perturber régulièrement les activités commerciales, ce qui pourrait diminuer l'efficacité économique globale.

Pour cette raison, comme l'ont affirmé des auteurs canadiens et américains, l'application efficace de lois anticoalitions ou antitrust dépend de la volonté des entreprises de se conformer aux normes de conduite définies dans ces lois indépendamment de la fréquence des inspections tenues par l'État ou de la probabilité qu'il en tienne; voir P. K. Gorecki et W. T. Stanbury, «Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976», dans J. R. S. Prichard, W. T. Stanbury et T. A. Wilson, éd., *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics* (1979), à la p. 173; E. Rostow, *Planning for*

at p. 307. Discussion of the means by which this tendency towards "voluntary" compliance can be encouraged has quite naturally focussed on the question of sanctions. As an alternative to regular or periodic and unannounced inspection as a means of achieving behaviour modification, the approach in competition law has been to provide for penalties capable of counterbalancing the incentive to flout the law which a low expectation of detection might otherwise produce. In the vast majority of cases, fines will not be sufficient to the task. Regardless of whether they are imposed on the corporation or its officers, they will usually be paid for by the former. Unless they were to be set at so high a level as to be capable of putting violators out of business (a result that would in most cases be politically and economically indefensible), such fines would simply be treated as part of the cost of doing business. When measured against the relatively low probability of detection, the possibility of suffering a loss by way of a fine may seem inconsequential as compared to the likelihood of making or increasing profits through anti-competitive practices.

For these reasons, fines are unlikely to encourage the kind of compliance that is necessary if the objectives of combines legislation are to be realized. This is the ultimate rationale for the imprisonment of those responsible for the operation of the company or unincorporated business which engages in anti-competitive conduct. Obviously, there is no way in which the cost of such a penalty can be passed on to the employing company or business. It can only be paid by the officers of the company or business. This introduces an element of personal vulnerability into business decision-making, in so far at least as it relates to the type of conduct and practices proscribed by the *Combines Investigation Act*. The result is that the provisions of the Act are much more likely to be a part of the process by which the company or business decides between alternative courses of conduct. It goes without saying that it also increases the probability

Freedom (1962), à la p. 307. L'examen des moyens qui pourraient favoriser cette tendance à se conformer «volontairement» à la Loi a tout naturellement porté sur la question des sanctions. Comme solution de rechange à l'inspection régulière ou périodique effectuée à l'improviste afin de réaliser une modification du comportement, le droit en matière de concurrence a voulu prévoir des sanctions susceptibles de contrebalancer l'incitation à faire fi de la loi que pourrait par ailleurs entraîner la faible probabilité de la tenue d'une inspection. Dans la très grande majorité des cas, les amendes ne suffiront pas à la tâche. Que celles-ci soient imposées à la société ou à ses dirigeants, elles seront généralement payées par la première. À moins d'imposer des amendes tellement élevées qu'elles pourraient entraîner la faillite des auteurs de l'infraction (un résultat qui dans la plupart des cas serait politiquement et économiquement inacceptable), ces amendes seraient simplement considérées comme faisant partie des frais d'exploitation de l'entreprise. En comparaison de la probabilité relativement faible de la tenue d'une inspection, le risque de subir une perte par suite de l'imposition d'une amende semble sans importance comparativement à la probabilité de faire des profits ou d'augmenter ceux-ci par des pratiques contraires à la concurrence.

Pour ces raisons, il est peu probable que les amendes susciteront le genre de respect nécessaire à la réalisation des objectifs des lois relatives aux coalitions. Il s'agit donc de la raison fondamentale justifiant l'emprisonnement des responsables de l'exploitation de la société ou de l'entreprise non constituée en personne morale qui se livre à des pratiques contraires à la concurrence. Il n'existe évidemment aucun moyen de faire assumer le coût de cette peine par la société ou l'entreprise en question. Ce coût ne peut être assumé que par les dirigeants de la société ou de l'entreprise. On introduit alors un élément de vulnérabilité personnelle dans le processus décisionnel des entreprises, à tout le moins en ce qui concerne le type de conduites et de pratiques interdites par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Par conséquent, il est beaucoup plus probable que les dispositions de la Loi fassent partie du processus par

that conduct that violates the Act will not be engaged in.

From this perspective it can be seen that the terms of imprisonment provided by the Act are closely and rationally related to the Act's regulatory purpose. To a very large extent, the effectiveness of the Act depends upon the degree to which it is complied with by business organizations, and this in turn depends on the existence of a sanction which will force officers and managers to regard the decision-making of their company or unincorporated employer as a matter of personal responsibility. I believe that this goes far towards justifying any moral or social stigma which imprisonment or its possibility lends to the Act's investigatory machinery. Given that all business ultimately benefits from the competitive conditions the Act is designed to protect, and given that the effectiveness of the Act in protecting these conditions depends on the existence of a compliance incentive other than regular or periodic inspection by anti-combines authorities, this stigma can be seen as a price that has to be paid in return for the continued enjoyment of the conditions upon which modern business depends.

As a final comment, I would point out that the *Combines Investigation Act* is not, as regards sanctions, unlike the *Income Tax Act*. Under section 239 of the latter Act, a taxpayer can be liable to imprisonment to a term "not exceeding 5 years", provided he is, at the election of the Attorney General of Canada, proceeded against by way of indictment. The offences in relation to which this punishment can be imposed are defined in s. 239(1). They include making "false or deceptive statements in a return, certificate, statement or answer filed or made as required by or under this Act" (s. 239(1)(a)); destroying, altering or secreting records or books "to evade payment of a tax imposed by this Act" (s. 239(1)(b)); making or acquiescing in the omission of "a material particular" from the "records or books of account of a

lequel la société ou l'entreprise décide des différents types de conduites à adopter. Il va sans dire que les probabilités d'adoption d'une conduite conforme à la Loi seront meilleures.

^a Dans cette perspective, on peut constater que les peines d'emprisonnement prévues par la Loi sont intimement et rationnellement liées à la nature réglementaire de la Loi. L'efficacité de la Loi ^b dépend dans une très large mesure du nombre d'entreprises commerciales qui s'y conforment et ce facteur dépend à son tour de l'existence d'une sanction qui obligera les dirigeants et gestionnaires ^c à considérer comme une question de responsabilité personnelle le processus décisionnel de leur société ou de l'entreprise non constituée en personne morale pour laquelle ils travaillent. J'estime que cet aspect justifie largement les stigmates de ^d nature morale ou sociale que l'incarcération ou le risque d'incarcération confère au mécanisme d'enquête de la Loi. Puisque toutes les entreprises bénéficient en fin de compte des conditions de concurrence que la Loi vise à protéger, et puisque ^e l'efficacité de la Loi dans la protection de ces conditions dépend de l'existence d'une mesure incitant à la respecter autre que l'inspection régulière et périodique tenue par les responsables de son application, ce stigmate peut être perçu comme le ^f prix à payer pour continuer de bénéficier des conditions dont dépendent les entreprises modernes.

^g Comme dernière remarque, je soulignerais que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas différente de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les sanctions. En vertu de l'art. 239 de cette dernière loi, un contribuable peut être ^h passible «d'un emprisonnement d'au plus 5 ans» si le procureur général du Canada choisit de le poursuivre par voie de mise en accusation. Les infractions qui font l'objet de cette peine sont définies au par. 239(1). Elles comprennent notamment le fait ⁱ de faire «des déclarations fausses ou trompeuses [...] dans une déclaration, certificat, état ou réponse produits ou faits en vertu de la présente loi» (al. 239(1)a)), de détruire, altérer, mutiler, ^j cacher les registres ou livres de compte «pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi» (al. 239(1)b)), de consentir ou d'acquies-

taxpayer” (s. 239(1)(c)); evading “wilfully, in any manner . . . compliance with this Act or payment of taxes imposed by this Act” (s. 239(1)(d)); and conspiring “with any person to commit an offence described by paragraphs (a) to (d)” (s. 239(1)(e)). All of these offences relate to conduct that might well be discovered by the exercise of the power to order the production of documents which s. 231(3) confers on the Minister of National Revenue. This has not prevented this Court from characterizing s. 231(3) as a regulatory or administrative power of investigation; see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*. I do not see why we should regard the possibility of imprisonment as having a different effect in the case of s. 17 of the *Combines Investigation Act*.

To recapitulate, the relevance of the regulatory character of the offences defined in the Act is that conviction for their violation does not really entail, and is not intended to entail, the kind of moral reprimand and stigma that undoubtedly accompanies conviction for the traditional “real” or “true” crimes. It follows that investigation for purposes of the Act does not cast the kind of suspicion that can affect one’s standing in the community and that, as was explained above, entitles the citizen to a relatively high degree of respect for his or her privacy on the part of investigating authorities. This does not, of course, mean that those subject to investigation under the Act have no, or no significant, expectation of privacy in respect of such investigations. The decision of this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, makes clear that they do. But it does suggest that the degree of privacy that can reasonably be expected within the investigative scope of the Act is akin to that which can be expected by those subject to other administrative and regulatory legislation, rather than to that which can legitimately be expected by those

cer à l’omission d’inscrire «un détail important dans les registres ou livres de compte d’un contribuable» (al. 239(1)c)), d’éluder «volontairement, de quelque manière, [. . .] l’observation de la présente loi ou le paiement d’un impôt établi en vertu de cette loi» (al. 239(1)d)), et de conspirer «avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d)» (al. 239(1)e)). Toutes ces infractions se rapportent à une conduite qui pourrait fort bien être découverte par l’exercice du pouvoir d’ordonner la production de documents que le par. 231(3) confère au ministre du Revenu national. Cela n’a pas empêché notre Cour de dire que le pouvoir d’enquête du par. 231(3) est de nature réglementaire ou administrative; voir l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité. Je ne vois pas pourquoi nous devrions considérer le risque d’emprisonnement comme ayant un effet différent dans le cas de l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

En résumé, l’importance de la nature réglementaire des infractions définies dans la Loi réside dans le fait que la déclaration de culpabilité par suite de leur violation n’entraîne pas véritablement, et n’a pas pour but d’entraîner, le type de réprimande et de stigmate de nature morale qui accompagne indubitablement la déclaration de culpabilité par suite de la perpétration d’un crime «proprement dit» au sens où on l’entend traditionnellement. Il s’ensuit que l’enquête aux fins de la Loi ne fait pas peser le genre de soupçon qui peut porter atteinte au statut d’une personne dans la collectivité et, comme je l’ai déjà expliqué, qui permet au citoyen de s’attendre à ce que les responsables de l’enquête accordent un respect relativement élevé à son droit en matière de vie privée. Cela ne signifie pas évidemment que les personnes visées par une enquête tenue en vertu de la Loi n’ont aucune attente, même significative, quant au respect de leur droit à la vie privée. L’arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité, affirme clairement le contraire. Mais l’arrêt laisse entendre que le respect du droit à la vie privée auquel on peut raisonnablement s’attendre dans le cadre d’une enquête en vertu de la Loi est semblable à celui auquel peuvent s’attendre ceux qui sont assujettis à d’autres lois de nature administrative et réglementaire, plutôt qu’à celui auquel peuvent

subject to police investigation for what I have called "real" or "true" crimes.

Rights of Privacy in Business Records

In so far as s. 17 of the Act is concerned, this conclusion is strengthened by the fact that it will be typically, if not exclusively, used to order the production of business records. I take it as axiomatic, on standard administrative law principles, that s. 17 can only be activated by either the Director of Investigations or the members of the Restrictive Trade Practices Commission in the course of an inquiry or investigation which they are by the Act empowered to undertake. The matters about which the Act allows or requires inquiry or investigation concern, without exception, business decisions or practice, and it would, I think, be a very rare situation in which documents of a personal nature could be relevant to their investigation. This means that business records and documents will normally be the only records and documents that can lawfully be demanded under s. 17.

While such records are not devoid of any privacy interest, it is fair to say that they raise much weaker privacy concerns than personal papers. The ultimate justification for a constitutional guarantee of the right to privacy is our belief, consistent with so many of our legal and political traditions, that it is for the individual to determine the manner in which he or she will order his or her private life. It is for the individual to decide what persons or groups he or she will associate with, what books he or she will read, and so on. One does not have to look far in history to find examples of how the mere possibility of the intervention of the eyes and ears of the state can undermine the security and confidence that are essential to the meaningful exercise of the right to make such choices. But where the possibility of such intervention is confined to business records and documents, the situation is entirely different. These records and documents do not normally contain information about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions. They do not, in short, deal with those aspects of individual identity

légitimement s'attendre ceux qui font l'objet d'une enquête policière relativement à ce que j'ai appelé des crimes «proprement dits».

a Les droits au respect de la vie privée et les documents de l'entreprise

En ce qui concerne l'art. 17 de la Loi, cette conclusion est renforcée par le fait qu'il sera généralement, sinon exclusivement, utilisé pour ordonner la production de dossiers de l'entreprise. Il est incontestable, compte tenu des principes ordinaires du droit administratif, que le directeur des enquêtes ou les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce sont les seuls à pouvoir invoquer l'art. 17 au cours de l'enquête qu'ils peuvent tenir en vertu de la Loi. Les questions qui peuvent ou doivent faire l'objet d'une enquête en vertu de la Loi portent, sans exception, sur les décisions ou pratiques de l'entreprise et j'estime qu'il serait très rare que des documents de nature personnelle soit pertinents relativement à leur enquête. Cela signifie qu'en principe seuls les dossiers et documents des entreprises pourront être légalement exigés en vertu de l'art 17.

Bien que ces dossiers ne soient pas dépourvus d'intérêt de nature privée, il est raisonnable de dire qu'ils soulèvent des préoccupations beaucoup moins importantes que les documents personnels. L'argument suprême à l'appui d'une garantie constitutionnelle du droit au respect de la vie privée repose sur notre conviction, conforme à tant de nos traditions juridiques et politiques, qu'il appartient à l'individu de déterminer la façon dont il mènera sa vie privée. Il appartient à l'individu de décider quels sont les personnes ou groupes qu'il fréquentera, les livres qu'il lira, etc. Il n'est pas nécessaire de remonter très loin dans l'histoire pour trouver des exemples qui démontrent à quel point la seule possibilité d'intervention de l'État peut saper la sécurité et la confiance essentielles à un exercice significatif du droit de faire ces choix. Mais lorsque la possibilité d'une telle intervention est restreinte aux dossiers et documents de l'entreprise, la situation est tout à fait différente. Ces dossiers et documents ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions

which the right of privacy is intended to protect from the overbearing influence of the state. On the contrary, as already mentioned, it is imperative that the state have power to regulate business and the market both for economic reasons and for the protection of the individual against private power. Given this, state demands concerning the activities and internal operations of business have become a regular and predictable part of doing business. Under these circumstances, I cannot see how there could be a very high expectation of privacy in respect of the records and documents in which this information is contained.

My views regarding the limited privacy interest in business records are amply supported, as my colleague L'Heureux-Dubé J. has demonstrated, by the American courts in assessing the constitutionality of *subpoenae duces tecum*; see *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). These cases, it is true, are largely framed in terms of the interrelationship of the state to corporations, and there is no question that the considerations I have described above are even more apparent in the case of corporations. There is nothing either in s. 17 itself or any other section of the Act to suggest that it is limited to the seizure of the records and documents of corporations. However, this would certainly usually be the case. No authority need be cited for the propositions that our economy is dominated by large corporations and that most of the economic activity with which the Act is concerned happens within or is organized by corporations. As in the present case, it is the conduct of corporations that will typically be investigated, and the records and documents of corporations that will be subpoenaed under s. 17. Competition law, therefore, functions largely within the corporate environment.

politiques ou religieuses. Bref, ils ne traitent pas de ces aspects de l'identité personnelle que le droit à la vie privée vise à protéger de l'influence envahissante de l'État. Au contraire, comme je l'ai déjà souligné, il est impératif que l'État ait le pouvoir de réglementer le commerce et le marché tant pour des raisons économiques que pour protéger l'individu d'un pouvoir de nature privée. Cela étant dit, les demandes de l'État relatives aux activités et aux opérations internes des entreprises sont maintenant choses courantes et prévisibles en matière commerciale. Compte tenu de ces circonstances, je ne crois pas qu'il puisse y avoir de très grandes attentes en matière de vie privée à l'égard des dossiers et des documents qui contiennent des renseignements de cette nature.

Mon opinion à cet égard est amplement confirmée, comme ma collègue le juge L'Heureux-Dubé l'a démontré, par les tribunaux américains qui ont évalué la constitutionnalité des *subpoenae duces tecum*; voir *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186 (1946). Il est vrai que ces arrêts se fondent en grande partie sur les relations réciproques entre l'État et les sociétés, et il ne fait pas de doute que les considérations que j'ai décrites auparavant sont encore plus apparentes dans le cas des sociétés. Rien dans l'art. 17 lui-même ni dans un autre article de la Loi ne laisse entendre que cet article est restreint à la saisie de dossiers et de documents des sociétés. Cependant, il est certain que ce serait généralement le cas. Il n'est pas nécessaire de citer des sources à l'appui des propositions que notre économie est dominée par de grandes sociétés et que la plupart des activités économiques visées par la Loi se déroulent à l'intérieur de ces sociétés ou sont organisées par celles-ci. Comme en l'espèce, ce sont les pratiques des sociétés qui feront habituellement l'objet d'une enquête, et ce sont les dossiers et documents des sociétés qui feront l'objet d'un subpoena en vertu de l'art. 17. Par conséquent, le droit en matière de concurrence s'exerce en grande partie à l'intérieur du monde des sociétés.

In fact, however, I do not view the expectations of privacy relating to business documents of corporations as significantly different for present purposes from those of business enterprises functioning under other legal regimes. Officers of the company and other individuals may also be implicated by what is found in corporate documents. Besides, it would be strange if the ambit of the Act were required to be limited by a consideration of the legal mechanism employed to conduct business rather than the nature of the behaviour sought to be regulated. The notion that a distinction is called for because the corporation is a creature of the state, which appears in United States jurisprudence, will not, in my view, withstand scrutiny. It is the policy considerations underlying the legislation that are relevant, and while these considerations apply with greater force to corporate bodies (hence the concentration on them in practice), they are also relevant to other business entities as well.

I, therefore, conclude that those who are ordered under s. 17 of the *Combines Investigation Act* to “make production of books, papers, records or other documents” can claim only a limited expectation of privacy in respect of those books, papers, records or documents. The relevant question in this appeal then becomes whether s. 17 unreasonably infringes on this limited expectation of privacy.

Sections 10 and 17—Hunter v. Southam Inc.

The foregoing conclusion is in no way inconsistent with this Court’s decision in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, notwithstanding that it also concerned the constitutionality of investigative powers under the *Combines Investigation Act*, specifically those provided by s. 10. While there are in that case some passing remarks that might arguably suggest that the Act was regarded as being of a criminal character (see pp. 154 and 167), the distinction between regulatory and true criminal offences was not even mentioned, let alone considered. I see no reason, therefore, why these elliptic references should be construed as holding that the Act and all the other legislation prescrib-

De fait cependant, je considère que les attentes en matière de respect de la vie privée relativement aux documents des sociétés ne sont pas très différentes, aux fins du présent pourvoi, de celles des entreprises commerciales exploitées sous un autre régime juridique. Les dirigeants de la société et les autres individus peuvent également être visés par ce qu’on trouve dans les documents de la société. Du reste, il serait étrange que la portée de la Loi soit restreinte par le mécanisme juridique utilisé pour exploiter l’entreprise plutôt que par la nature des comportements visés par la réglementation. L’idée qu’une distinction doit être établie parce que la société est une création de l’État, ce qui apparaît dans la jurisprudence américaine, ne peut à mon avis résister à un examen minutieux. Ce sont les considérations de politique qui sous-tendent la Loi qui sont pertinentes et, bien que ces considérations s’appliquent plus rigoureusement aux personnes morales (d’où l’importance qu’on leur accorde en pratique), elles s’appliquent également aux autres entités commerciales.

Je conclus donc que ceux à qui l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ordonne de produire «des livres, documents, archives ou autres pièces» ne peuvent faire valoir qu’une attente restreinte au respect de leur droit à la vie privée relativement à ces livres, documents, archives ou pièces. La question pertinente en l’espèce revient donc à savoir si l’art. 17 porte déraisonnablement atteinte à cette attente restreinte au respect du droit à la vie privée.

Les articles 10 et 17—Hunter c. Southam Inc.

La conclusion précédente est tout à fait compatible avec l’arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité, même si celui-ci porte également sur la constitutionnalité des pouvoirs d’enquête prévus par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, plus précisément ceux de l’art. 10. Bien que l’on puisse prétendre que certaines remarques de cet arrêt permettent de conclure que l’on considérait la Loi comme étant de nature criminelle (voir les pp. 154 et 167), la distinction entre les infractions de nature réglementaire et les infractions véritablement criminelles n’a même pas été mentionnée, encore moins examinée. Je ne vois donc aucune raison d’interpréter ces allusions comme si elles

ing anti-competitive offences must, for all purposes and in all situations, satisfy the stringent standards of reasonableness usually applicable in criminal investigations. To do so would, in my view, severely hamper and perhaps render impossible the effective investigation of anti-competitive offences. These offences typically take the form of subtle alterations in otherwise perfectly legal business practices, and the effect they produce will often appear to be fully explicable by reference to the forces that normally determine success or failure in our economic system. Investigation to a much greater degree than is the case with regard to more traditional criminal offences will often be a necessary preliminary to the determination of whether the commission of an offence should even be suspected. To hold that anti-combines investigators must always obtain a warrant by showing reasonable and probable grounds as to the commission of an offence and the existence of relevant evidence before they exercise any power of investigation that falls within the ambit of s. 8 of the *Charter* would, in these circumstances, immunize perpetrators of anti-competitive offences from discovery and prosecution.

I see no reason to interpret *Hunter v. Southam Inc.* in this rigid fashion. It must be remembered that that case was concerned with the constitutionality of s. 10 of the Act, and that that provision, unlike s. 17, conferred on the Director of Investigations a power of search as well as seizure. It must surely be obvious that a power to search premises and take away documents is far more intrusive than a mere power to order the production of documents. Accordingly, the fact that the power there was held to be an unreasonable violation of reasonable expectations of privacy in no way determines that a power to order the production of documents must also be held to be an unreasonable intrusion on privacy. I can do no better in this regard than to refer to the reasons of Wilson J. in the companion case of *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*. At page 649 of her reasons,

permettaient de conclure que la Loi et toutes les autres lois prévoyant des sanctions pour les pratiques contraires à la concurrence devaient, à toutes fins utiles, répondre aux normes sévères du caractère raisonnable habituellement applicables dans les enquêtes criminelles. À mon avis, prétendre le contraire pourrait sérieusement compromettre et peut-être même rendre impossible la tenue d'enquêtes efficaces relativement à des infractions contre la concurrence. Ces infractions prennent généralement l'allure d'altérations subtiles apportées à ce qui constitue par ailleurs des pratiques commerciales tout à fait légales et l'effet qu'elles produisent pourra souvent s'expliquer par les forces qui font normalement le succès ou l'échec d'une entreprise dans notre système économique. Une enquête beaucoup plus poussée qu'en matière d'infractions criminelles plus traditionnelles sera souvent nécessaire avant de décider si la perpétration d'une infraction devrait même être souppçonnée. Affirmer que les enquêteurs en matière de coalitions doivent toujours obtenir un mandat, en démontrant qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et qu'il existe des éléments de preuve pertinents, avant de pouvoir exercer n'importe quel pouvoir d'enquête relevant de la portée de l'art. 8 de la *Charte* empêcherait, dans ces circonstances, la découverte et la poursuite des auteurs d'infractions contre la concurrence.

Je ne vois aucune raison d'interpréter l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* aussi rigoureusement. Il faut se rappeler que cet arrêt portait sur la constitutionnalité de l'art. 10 de la Loi et que cette disposition, contrairement à l'art. 17, conférait au directeur des enquêtes le pouvoir de perquisitionner et de fouiller ainsi que celui de saisir. Manifestement, il est clair que le pouvoir de perquisitionner dans des lieux et de prendre des documents est beaucoup plus envahissant que le simple pouvoir d'ordonner la production de documents. Par conséquent, le fait qu'on ait conclu dans cet arrêt que le pouvoir constituait une violation abusive des attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée ne permet aucunement de conclure que le pouvoir d'ordonner la production de documents constitue également une violation abusive du droit à la vie privée. À cet égard, je ne puis que men-

she says, in respect of the Minister of Revenue's power to order the production of documents from taxpayers:

The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

With appropriate modifications, this statement perfectly summarizes the difference between this appeal and *Hunter v. Southam Inc.* To paraphrase Wilson J., I would say that while a business, be it incorporated or unincorporated, may have little expectation of privacy in relation to its business records relevant to an investigation under the Act, it has a significant privacy interest in the inviolability of its business premises. It must be added that its owners and managers also have a significant privacy interest in the inviolability of their private homes, since there was nothing in s. 10 to restrict the Director's powers of search to business premises.

The proposition that those associated with a business have a greater privacy interest in the physical integrity of their homes than in the records and documents of that business should require no demonstration. But this hardly means that a significant privacy interest does not also subsist in relation to one's business premises. While it can fairly be said that business records do not usually contain information relating to one's personal affairs, opinions and associations, the same cannot be said with confidence of everything that may be found or observed in business files or premises. People who work in offices (the type of

tionner les motifs du juge Wilson dans l'arrêt connexe *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité. À la page 649 de ses motifs, elle dit ce qui suit au sujet du pouvoir du ministre du Revenu d'ordonner aux contribuables de produire des documents:

Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

En y apportant les modifications qui s'imposent, cet extrait résume parfaitement bien la différence entre ce pourvoi et l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Pour paraphraser les propos du juge Wilson, je dirais que même si une entreprise, qu'elle soit ou non constituée en personne morale, ne peut avoir de telles attentes à l'égard de ses documents commerciaux pertinents relativement à une enquête tenue en vertu de la Loi, elle attache beaucoup d'importance au respect de l'inviolabilité de ses locaux. Il faut ajouter que ses propriétaires et gestionnaires attachent également beaucoup d'importance à l'inviolabilité de leur domicile puisque rien dans l'art. 10 ne restreint les pouvoirs du directeur de perquisitionner dans les locaux de l'entreprise.

Il va de soi que les personnes qui font partie d'une entreprise attachent plus d'importance à l'intégrité physique de leur domicile qu'aux dossiers et documents de l'entreprise. Mais cela ne signifie pas qu'ils n'attachent pas non plus d'intérêt à la protection des locaux de leur entreprise. Bien que l'on puisse raisonnablement dire que les dossiers d'entreprise ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs aux affaires, aux opinions et aux fréquentations personnelles d'un particulier, on ne peut affirmer la même chose avec autant de conviction de tout ce qui peut être trouvé ou observé dans les dossiers ou les locaux de l'entre-

workplace that would typically be searched under combines legislation) think of their own offices as personal space in a manner somewhat akin to the way in which they view their homes, and act accordingly. In part this reflects an understandable need to humanize an environment in which people spend a good deal of their waking hours. It may in part reflect the simple reality that human life is not divisible into mutually exclusive compartments of professional and personal which correspond with the office and the home. Indeed, an office may actually be more private than the home in so far as one's relations with family are concerned. Whatever the reason, it is a fact that in an office one is likely to find personal letters, private telephone and address directories, and many other indicators of the personal life of its occupant. The requirement to submit to a search of business premises by agents of the state can therefore amount to a requirement to reveal aspects of one's personal life to the chilling glare of official inspection. It seriously invades the right to be secure against unreasonable search and seizure. This is not the case with a power to order the production of records and documents relevant to the investigation of anti-competitive offences; there the eyes of the state can see no further than the business records it is entitled to demand.

The Nature and Purpose of Section 17

The greater intrusiveness of the investigative powers challenged in *Hunter v. Southam Inc.* fully supported the application in that case of the stringent criteria of reasonableness reproduced in Wilson J.'s reasons. By the same token, the limited scope of the power to order the production of documents, together with the limited privacy interests that can be said to reside in the records and documents that can be lawfully demanded, makes these criteria inappropriate for determination of the constitutionality of s. 17. As I have already suggested, their application might make our anti-combines legislation practically unenforceable. In particular, it would be regrettable if the power to order production of documents was dependent, as

prise. Les gens qui travaillent dans des bureaux (le genre de milieu de travail où l'on perquisitionnerait habituellement en vertu de la loi relative aux coalitions) perçoivent ceux-ci comme un endroit personnel, un peu comme ils perçoivent leur domicile, et agissent en conséquence. Cela traduit en partie le besoin compréhensible d'humaniser un environnement fréquenté une bonne partie de la journée. Cela peut refléter en partie le simple fait que la vie humaine ne peut être compartimentée en section professionnelles et personnelles étanches correspondant au bureau et au domicile. D'ailleurs, un bureau peut s'avérer plus privé que le domicile en ce qui concerne les relations familiales. Peu importe la raison, il est effectivement probable que l'on trouvera dans un bureau des lettres personnelles, des répertoires d'adresses et de numéros de téléphone privés et bien d'autres indices de la vie personnelle de son occupant. L'obligation de subir la perquisition des lieux de l'entreprise par des fonctionnaires de l'État peut donc revenir à obliger le particulier à révéler des aspects de sa vie privée au regard froid de fonctionnaires. Cela porte sérieusement atteinte au droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. On ne peut dire la même chose du pouvoir d'ordonner la production de dossiers et de documents qui ont rapport à l'enquête relative à une infraction contre la concurrence: alors, le regard de l'État s'arrête aux dossiers de l'entreprise qu'il peut exiger.

g La nature et l'objet de l'art. 17

La nature plus intrusive des pouvoirs d'enquête contestés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* justifiait tout à fait, dans cet arrêt, l'application de critères plus sévères du caractère raisonnable, que reprend le juge Wilson dans ses motifs. En même temps, la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents, ainsi que le peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans les dossiers et documents qui peuvent être légalement exigés, rend ces critères inadéquats pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 17. Comme je l'ai déjà signalé, leur application pourrait rendre les lois relatives aux coalitions pratiquement inexécutives. En particulier, il serait regrettable que le pouvoir d'ordonner la production

it would be under the *Hunter v. Southam Inc.* criteria, on the ability to establish reasonable and probable grounds to believe that an offence under the Act had been committed.

That is so because of the difficulty of discovering violations of combines legislation. While investigatory difficulties are obviously a concern in all law enforcement activity, it is important to note the distinctive nature of those encountered by authorities charged with the enforcement of anti-combines legislation. In the traditional police investigation, there will typically be no question that an offence has been committed. A body will have been found, a person will report the theft of their belongings or an attack on their person, or a person will have been observed engaging in a prohibited course of conduct. In other words, the commission of most of the offences typically investigated by the police requires the creation of physical evidence or at least a course of conduct that is physically observable. This means that the usual problem in a police investigation will not be to determine whether the law has been broken, but will instead be the difficulty of linking a particular person or persons to the offence that is known to have been committed.

In the case of anti-combines legislation, the situation is quite different. Under the *Combines Investigation Act*, an inquiry by the Director of Investigation and Research or a member of the Restrictive Trade Practices Commission, or the Commission itself, can relate either to the granting or violation of an order under Part V of the Act or the commission of an offence under Part VI. Both the conduct constituting a violation of such order and the conduct constituting an offence are, with exceptions, not generally observable by third parties; nor do they produce a result that announces (or perhaps even strongly indicates) that they have in fact been engaged in. For the most part, they take place within the hidden boardrooms and offices of corporations. They can, in some cases at least, be engaged in by the most subtle of alterations in otherwise totally legitimate activities, such as the pricing of goods or the decision as to

de documents dépende, comme ce serait le cas en vertu du critère de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, de la capacité d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à la Loi a été commise.

Il en est ainsi en raison de la difficulté de découvrir les violations des lois relatives aux coalitions. Bien que les difficultés d'enquête soient évidemment toujours un sujet de préoccupation en matière d'application des lois, il est important de souligner la nature distincte des problèmes rencontrés par les responsables de l'application des lois anticoalitions. Dans une enquête policière traditionnelle, on sait généralement qu'une infraction a été commise. Un corps aura été trouvé, une personne portera plainte parce que ses biens auront été volés ou parce qu'elle aura été attaquée, ou on aura vu une personne se livrer à une conduite interdite. En d'autres termes, la perpétration de la plupart des infractions qui font généralement l'objet d'une enquête des policiers exige l'établissement d'une preuve matérielle ou, à tout le moins, une conduite que l'on peut physiquement observer. C'est dire que le problème habituel d'une enquête policière n'est pas de déterminer si la loi a été violée, mais d'établir un lien entre une personne ou des personnes en particulier et l'infraction que l'on sait avoir été commise.

En matière de lois anticoalitions, la situation est très différente. En vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, l'enquête tenue par le directeur des enquêtes et recherches, un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ou la Commission elle-même peut porter soit sur la délivrance ou la violation d'une ordonnance rendue en vertu de la partie V de la Loi soit sur la perpétration d'une infraction visée à la partie VI. La conduite qui constitue une violation d'une telle ordonnance et la conduite qui constitue une infraction ne sont, sauf exceptions, généralement pas observables par des tiers; elles ne produisent pas non plus un résultat qui laisse voir (ou indique peut-être même sérieusement) qu'on s'est livré à celles-ci. La plupart du temps, elles se déroulent à l'abri des salles de conférence et des bureaux des sociétés. Dans certains cas à tout le moins, elles peuvent prendre l'allure d'altérations

whether or not to submit a bid in response to particular tenders. The corollary of this last point is that many of the regulated or proscribed forms of conduct produce results, such as the decision to supply one buyer and not another, or the decision to price a good at one possible level rather than another, or the decision to bid on one tender but not another, which are fully explicable as normal or routine business decisions. In short, much of the conduct the Director must be able to inquire into produces no "smoking gun"; see the remarks of Estey J. in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 238, cited *infra*. The following quotation from S. V. Wilson and A. H. Matz, "Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods" (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651, at p. 651, encapsulates the problems involved in investigating economic crimes generally:

But economic crimes are far more complex than most other federal offences. The events in issue usually have occurred at a far more remote time and over a far more extensive period. The "proof" consists not merely of relatively few items of real evidence but of a large roomful of often obscure documents. In order to try the case effectively, the Assistant United States Attorney must sometimes master the intricacies of a sophisticated business venture. Furthermore, in the course of doing so, he, or the agents with whom he works, often must resolve a threshold question that has already been determined in most other cases: Was there a crime in the first place? To use the colloquial, it is not so much a matter of "whodunit" as "what-was-done". [Emphasis added.]

For example, s. 32.2, which makes it an offence to be party to a bid-rigging arrangement, defines bid-rigging as "an agreement or arrangement between or among two or more persons whereby one or more of such persons agrees or undertakes not

les plus subtiles apportées à des activités par ailleurs tout à fait légitimes, comme la fixation des prix des marchandises ou la décision de présenter une soumission en réponse à des appels d'offres particuliers. Dans ce dernier cas, il s'ensuit que plusieurs formes de conduites réglementées ou interdites produisent des résultats, comme la décision d'approvisionner un acheteur plutôt qu'un autre, la décision de fixer le prix d'une marchandise à un niveau donné plutôt qu'à un autre ou la décision de présenter une soumission à un appel d'offres plutôt qu'à un autre, qui s'inscrivent très bien dans les prises de décisions normales ou habituelles. Bref, la plupart des conduites qui font l'objet d'une enquête par le directeur ne laissent pas de traces visibles; voir les remarques du juge Estey dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 238, reproduites plus loin. L'extrait suivant de S. V. Wilson et A. H. Matz, «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods» (1977), 14 *Am. Crim. L. Rev.* 651, à la p. 651, résume les difficultés liées aux enquêtes sur les crimes économiques en général:

[TRADUCTION] Mais les crimes économiques sont beaucoup plus complexes que la plupart des autres infractions relevant de la compétence fédérale. Les événements en cause se sont généralement produits à une époque beaucoup plus lointaine et sur une période beaucoup plus longue. La «preuve» ne se résume pas simplement à quelques rares éléments de preuve matérielle mais à une grande pièce remplie de documents souvent obscurs. Pour plaider efficacement, le substitut du procureur général des États-Unis doit parfois maîtriser les complexités d'une entreprise commerciale sophistiquée. En outre, ce faisant, celui-ci, ou les fonctionnaires qui travaillent avec lui, doivent souvent répondre à une question fondamentale à laquelle on a déjà répondu dans la plupart des autres cas: Premièrement, un crime a-t-il été commis? En langage courant, la question n'est pas tellement de savoir «qui a commis l'infraction» mais «qu'est-ce qui a été commis». [Je souligne.]

Par exemple, l'art. 32.2, qui prévoit que quiconque participe à un truquage d'offres commet une infraction, définit le truquage des offres comme «l'accord ou arrangement entre plusieurs personnes par lequel au moins l'une d'elles consent ou s'en-

to submit a bid in response to a call or request for bids or tenders”, or “the submission . . . of bids or tenders that are arrived at by agreement or arrangement between or among two or more bidders or tenderers”. The implementation of such an arrangement would in many cases be indistinguishable from the usual process by which tenders are submitted and in which tenderers decide between jobs based on their genuine assessment of what they are capable of doing and what they are likely to be recognized as capable of doing. Similarly, s. 38(6) makes it an offence “by threat, promise or any like means, attempt to induce a supplier . . . as a condition of his doing business with the supplier, to refuse to supply a product to a particular person or class of persons because of the low pricing policy of that person or class of persons”. Again, once implemented, such a “refusal to supply” would probably “look” like a perfectly normal pattern of commercial relations. Similar analyses could be made, in the cases of other offences, in respect of s. 32 (conspiracy) and s. 38 (price maintenance). In the case of the matters with respect to which the Commission can make orders under Part IV.1 of the Act, a similar analysis can be made in respect of s. 31.4 which empowers the Commission to prohibit persons from continuing to engage in exclusive dealing, market restriction or tied-selling.

In brief, because of the nature of the conduct regulated by the Act, there will in many cases be no way of determining whether proscribed conduct has been engaged in, short of studying the process by which a suspected corporation or business has made and implemented its decisions. In this respect, the situation is not unlike that under the *Income Tax Act*. I agree with Wilson J. that under the latter Act, it will often be “impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation” (see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at p. 648). I would simply add that under the *Combines Investigation Act* it will likewise often be impossible for those responsible for its enforcement to

gage à ne pas présenter d’offre en réponse à un appel ou à une demande d’offres ou de soumissions», ou «la présentation [...] d’offres ou de soumissions qui sont le fruit d’un accord ou arrangement entre plusieurs enchérisseurs ou soumissionnaires». Dans plusieurs cas, la mise à exécution d’un tel arrangement pourrait ne pas se distinguer du processus habituel par lequel des soumissions sont présentées et où les soumissionnaires décident des travaux à exécuter selon une évaluation véritable de leur capacité d’exécution et ce qu’on les croit capables d’exécuter. De même, le par. 38(6) prévoit que «[n]ul ne doit, par menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur [...] en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie». Encore une fois, lorsqu’il sera mis à exécution, un tel «refus de fournir» aura probablement «l’air» d’une condition tout à fait normale des relations commerciales. Des analyses semblables pourraient être faites dans le cas des autres infractions concernant l’art. 32 (complot) et l’art. 38 (maintien des prix). En ce qui concerne les questions au sujet desquelles la Commission peut rendre des ordonnances en vertu de la partie IV.1 de la Loi, une analyse semblable peut être faite en ce qui concerne l’art. 31.4 qui permet à la Commission d’interdire aux personnes de continuer de pratiquer l’exclusivité, les ventes liées ou de se livrer à la limitation du marché.

En résumé, étant donné la nature des conduites réglementées par la Loi, il sera souvent impossible de déterminer si une personne s’est livrée à la conduite interdite sans examiner le processus par lequel une société ou une entreprise soupçonnée a pris et exécuté ses décisions. À cet égard, la situation est semblable à ce qui se produit sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Je suis d’accord avec le juge Wilson qu’en vertu de cette dernière loi, il est souvent «impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière» (voir l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 648). J’ajouterais simplement que les responsables de l’application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

determine whether it has in fact been violated. I see no reason why this factor should be relevant to the constitutionality of the power to order production found in the former Act but irrelevant to the constitutionality of a substantially similar power found in the latter Act. Investigatory mechanisms which force corporations and other businesses to divulge what they and only they can know about their internal affairs are part of the state's interest in the enforcement of combines legislation. The power to subpoena books, records and documents is obviously one such investigatory mechanism. To limit its use to situations in which the Director or a Commission member can show reasonable and probable grounds to believe that a specific offence has been committed would frustrate the process of investigation at its very inception.

These considerations have played an important role in shaping the American approach to combines legislation. Thus in *United States v. Morton Salt Co.*, *supra*, the Federal Trade Commission, in the course of an anti-trust investigation, by subpoena ordered production of certain documents to satisfy itself that previously-issued cease and desist orders were being complied with. In upholding the subpoena, Jackson J., writing for the court, stated at pp. 642-43:

The only power that is involved here is the power to get information from those who best can give it and who are most interested in not doing so. Because judicial power is reluctant if not unable to summon evidence until it is shown to be relevant to issues in litigation, it does not follow that an administrative agency charged with seeing that the laws are enforced may not have and exercise powers of original inquiry. It has a power of inquisition, if one chooses to call it that, which is not derived from the judicial function. It is more analogous to the Grand Jury, which does not depend on a case or controversy for power to get evidence but can investigate merely on suspicion that the law is being violated, or even just because it wants assurance that it is not. When investigative and accusatory duties are delegated by statute to an administrative body, it, too, may take steps

seront de même souvent incapables de déterminer si la Loi a effectivement été violée. Je ne vois aucune raison pour laquelle ce facteur devrait être pertinent quant à la constitutionnalité du pouvoir d'ordonner la production de documents dans le cas de la première loi, mais non pertinent quant à la constitutionnalité d'un pouvoir en grande partie identique dans le cas de la seconde. Les mécanismes d'enquête qui obligent les sociétés et les autres entreprises à divulguer ce qu'elles sont les seules à connaître de leurs affaires internes font partie de l'intérêt qu'a l'État à ce que les lois relatives aux coalitions soient appliquées. Le pouvoir d'ordonner la production de livres, d'archives et de documents fait évidemment partie de ce mécanisme d'enquête. En limiter l'emploi à des situations où le directeur ou un membre de la Commission peut établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction précise a été commise entraverait le processus d'enquête à son origine même.

Ces questions ont joué un rôle important dans la formulation de la position américaine au sujet des lois relatives aux coalitions. Ainsi, dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, la Federal Trade Commission a, au cours d'une enquête relative à une loi antitrust, ordonné par subpoena la production de certains documents pour vérifier si on s'était conformé à des ordonnances de ne pas faire. En confirmant la validité du subpoena, le juge Jackson affirme, au nom de la cour, aux pp. 642 et 643:

[TRADUCTION] Le seul pouvoir dont il est question ici, c'est le pouvoir d'obtenir des renseignements de ceux qui sont les mieux placés pour les donner et les moins intéressés à le faire. Parce que les tribunaux, quand ils en ont la compétence, hésitent à exercer leurs pouvoirs d'ordonner la production d'une preuve avant que sa pertinence dans le litige ne soit établie, il ne s'ensuit pas qu'un organisme administratif responsable de l'application des lois ne peut avoir ni exercer de pouvoirs d'enquête qui lui sont propres. Il a, si l'on veut, un pouvoir d'enquête qui ne découle pas du pouvoir judiciaire. Son pouvoir ressemble davantage à celui du grand jury qui n'a pas besoin d'une instance ou d'une controverse pour obtenir des éléments de preuve mais peut enquêter dès qu'il soupçonne que la loi est violée, ou même simplement pour s'assurer qu'il n'y a pas eu violation de la loi.

to inform itself as to whether there is probable violation of the law. [Emphasis added.]

This passage was quoted with approval in *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977). In that case, one of the grounds on which the subpoena was challenged was that the relevant legislation did not provide for sufficient judicial supervision of the process by which the subpoena was issued. In rejecting this argument, the Court of Appeal for the District of Columbia said, at pp. 872-73, that:

... the scope of issues which may be litigated in an enforcement proceeding must be narrow, because of the important governmental interest in the expeditious investigation of possible unlawful activity. As the Ninth Circuit has noted, the "very backbone of an administrative agency's effectiveness in carrying out the congressionally mandated duties of industry regulation is the rapid exercise of the power to investigate..." *FMC v. Port of Seattle*, 521 F.2d 431, 433.

I acknowledge that I have found little literature dealing specifically with the importance of s. 17 to the Director and Commission's efforts to enforce the Act. This is not really surprising given that the Director, the officer who has historically shouldered the brunt of the investigative responsibility under the Act, was until quite recently able to rely on the power to enter and search premises. It is instructive to note, however, that in the course of an explanation of proposed amendments to the Act, the Government of Canada defended the scope of the Director's powers of investigation by emphasizing the difficulties of detection which characterize anti-competitive offences. At page 29 of the Minister of Consumer and Corporate Affairs' pamphlet, *Combines Investigation Act Amendments 1984: Background Information and Explanatory Notes* (1984), the following appears:

The powers of the Director are essential to determining both whether and to what extent offences have been committed under the Act and whether certain restrictive or predatory practices are being engaged in which should be prohibited or whether an anti-competitive merger should be remedied. [Emphasis added.]

Lorsque la loi délègue des pouvoirs d'enquête et d'accusation à un organisme administratif, celui-ci peut également prendre des mesures pour vérifier s'il y a violation de la loi. [Je souligne.]

^a Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, 555 F.2d 862 (D.C. Cir. 1977). Dans cet arrêt, l'un des motifs de contestation du subpoena était que la loi applicable ne prévoyait pas un pouvoir de contrôle judiciaire suffisant du processus par lequel le subpoena avait été décerné. En rejetant cet argument, la Cour d'appel du district de Columbia a affirmé, aux pp. 872 et 873, que:

^b [TRADUCTION] ... l'étendue des questions qui peuvent être contestées dans une procédure d'exécution doit être restreinte en raison de l'intérêt important qu'a le gouvernement dans la tenue d'enquêtes expéditives sur l'existence d'activités illégales. Comme l'a souligné la Cour du neuvième Circuit le «pivot même de l'efficacité d'un organisme administratif dans l'exercice des pouvoirs délégués par le Congrès en matière de réglementation des entreprises est l'exercice rapide du pouvoir d'enquête...» *FMC v. Port of Seattle*, 521 F.2d 431, à la p. 433.

^c Je reconnais avoir trouvé peu d'ouvrages portant précisément sur l'importance de l'art. 17 pour le directeur et la Commission dans la mise en application de la Loi. Cela n'est pas vraiment surprenant puisque le directeur, le fonctionnaire qui a toujours été responsable de la tenue des enquêtes en vertu de la Loi, pouvait jusqu'à tout récemment invoquer le pouvoir d'entrer et de perquisitionner dans les lieux. Il est cependant intéressant de souligner que le gouvernement du Canada, dans ses explications sur le projet de modification de la Loi, a défendu l'étendue des pouvoirs d'enquête du directeur en soulignant que les infractions en matière de concurrence sont difficiles à découvrir. ^d À la page 34 de la brochure du ministre de la Consommation et des Corporations intitulée, *Modifications de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Documentation de base et notes explicatives* (1984), on lit:

^e Les pouvoirs du Directeur sont essentiels pour déterminer si des infractions ont été commises et dans quelle mesure, et si certaines pratiques restrictives ou abusives qui devraient être interdites sont utilisées. [Je souligne.]

The pamphlet goes on to characterize suggestions that all of the Director's powers of investigation should be circumscribed by a requirement equivalent to the warrant requirement in criminal law as a failure "to appreciate the nature of offences being investigated under the Act" (p. 29).

Those suggestions, I think, also fail to appreciate the real function of s. 17. Essentially, it serves the same purpose as a programme of regular inspection in other areas of the law which, as I have already noted, is neither possible nor desirable in this context. The fact that an investigation may occur encourages compliance as in the case of inspections under other regulatory legislation. As in the case of the *Income Tax Act*, discussed in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, the Act is to a considerable extent self-enforcing, but, as already noted, this ultimately depends on effective sanctions which in turn depend on the possibility of adequate investigation. Estey J. aptly describes the need for such investigation in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, *supra*, at p. 238:

The area under investigation concerns trading crimes which by nature are difficult of investigation. Persons conspiring to profit improperly from trade combinations do not create much physical evidence and have every opportunity to disguise their conduct. The impact of the crime on the individuals affected is in each case very small in economic terms but in gross produces sizeable criminal profit. Again this type of crime requires more than the usual combination of informants and complainants from the public at large. The demonstration of the crime generally requires the early and active investigative action by the state itself. An awareness of these concerns by the legislators is apparent when the investigative program established in the Act is read as a whole. [Emphasis added.]

I do not think the factors there noted are any less cogent now than they were before the enactment of the *Charter*.

Le Ministre poursuit en disant que la proposition selon laquelle les pouvoirs d'enquête du directeur devraient tous être limités par une condition équivalente à celle du mandat en droit criminel «ne tient pas compte de la nature des infractions qui font l'objet d'une enquête en vertu de la Loi» (p. 34).

Je pense de plus que cette proposition ne tient pas compte du véritable rôle de l'art. 17. Il vise essentiellement le même but qu'un programme d'inspections régulières dans d'autres domaines du droit et, comme je l'ai déjà souligné, cela n'est ni possible ni souhaitable dans ce contexte. Parce qu'une enquête peut avoir lieu, l'entreprise a tendance à se conformer à la Loi comme dans le cas des inspections en vertu d'autres lois de nature réglementaire. Comme dans le cas de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, examinée dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, l'existence même de la Loi suffit dans une large mesure à la faire observer mais, comme je l'ai déjà souligné, cela dépend en fin de compte de l'efficacité des sanctions qui à leur tour dépendent de la possibilité de tenir une enquête appropriée. Le juge Estey décrit bien la nécessité de ces enquêtes dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précité, à la p. 238:

Le domaine d'enquête en cause concerne les crimes commerciaux qui par nature font difficilement l'objet d'une enquête. Les personnes qui complotent de profiter à tort de quelque tractation commerciale ne laissent guère de preuves matérielles derrière elles et elles ont toute l'occasion voulue pour camoufler leur conduite. L'effet du crime sur les individus touchés est, dans chaque cas, négligeable sur le plan économique, mais il génère globalement un profit criminel important. Faut-il le redire, ce genre de crime exige plus, pour le combattre, que la combinaison habituelle de dénonciateurs et de plaignants en provenance du grand public. La preuve du crime requiert généralement des mesures d'enquête promptes et actives de la part de l'État lui-même. La conscience de ces préoccupations par le législateur est apparente lorsque la procédure d'enquête établie par la Loi est envisagée dans son ensemble. [Je souligne.]

Je ne crois pas que les facteurs soulignés dans cette affaire soient moins pertinents maintenant qu'ils ne l'étaient avant l'adoption de la *Charte*.

If it is unnecessary under s. 17 to establish the existence, on reasonable and probable grounds, of a belief that a particular offence has been committed, then compliance with the remaining *Hunter v. Southam Inc.* criteria also becomes unnecessary. All of these are derivative from the reasonable and probable grounds requirement. This is obviously the case in respect of the requirement to show “reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered”. It is also true of the requirement that the use of the power of search or seizure must depend on “a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual”. As Wilson J. today points out in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, there is no role for such an arbiter where there is no requirement of reasonable and probable grounds, since “his central role under *Hunter* is to ensure that the person seeking the authorization has reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed, that there are reasonable and probable grounds to believe that the authorization will turn up something relating to that particular offence, and that the authorization only goes so far as to allow the seizure of documents relevant to that particular offence” (emphasis in original) (p. 649). The fact that s. 17 provides for an *ex parte* application by members of the Commission, who in *Hunter v. Southam Inc.* were found to be insufficiently detached from the process of investigation for the purposes of an application for permission to search premises, is not therefore fatal to its constitutionality.

Nor would it make sense to hold that s. 17 must comply with the final *Hunter v. Southam Inc.* criterion, the requirement “that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation”. If it is not necessary that the investigators establish reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, it cannot be necessary that a particular offence be under investigation at all. It follows that it cannot

S’il n’est pas nécessaire d’établir en vertu de l’art. 17 l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction particulière a été commise, il n’est pas nécessaire non plus de se conformer aux autres critères de l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Ceux-ci découlent de l’exigence de motifs raisonnables et probables. C’est évidemment le cas en ce qui concerne l’obligation d’établir l’existence de «motifs raisonnables de croire que l’on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l’infraction précise faisant l’objet de l’enquête a été commise». Cela est également vrai de l’exigence que l’exercice du pouvoir de fouille, de perquisition ou de saisie dépende d’une «procédure d’autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d’agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l’État et ceux de l’individu». Comme le juge Wilson le souligne aujourd’hui dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, l’arbitre n’a aucun rôle à jouer lorsqu’il n’existe aucune exigence de motifs raisonnables et probables puisque «son rôle principal, selon l’arrêt *Hunter*, consiste à s’assurer que la personne qui demande l’autorisation a des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction précise a été commise, qu’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l’autorisation permettra de découvrir quelque chose ayant trait à cette infraction précise, et que l’autorisation ne vise qu’à permettre la saisie de documents se rapportant à l’infraction précise» (souligné dans l’original) (p. 649). Le fait que les membres de la Commission, dont on a dit, dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, qu’ils n’étaient pas suffisamment détachés du processus d’enquête puissent présenter une requête *ex parte* en vertu de l’art. 17 n’a donc pas pour effet de rendre cet article inconstitutionnel.

Il ne serait pas logique non plus de conclure que l’art. 17 doit être conforme au dernier critère de l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, «que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l’infraction faisant l’objet de l’enquête». S’il n’est pas nécessaire que les enquêteurs établissent l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise, il n’est pas nécessaire non plus qu’une infraction précise fasse l’objet de l’enquête.

be necessary that only documents relevant to the investigation of a particular offence be seized.

The Scope of Section 17

I hasten to add that this does not mean that there is no limitation to the potential scope of an order to produce documents which can be validly issued under s. 17. The material sought must be relevant to the inquiry in progress. The question of relevancy, however, must be related to the nature and purpose of the power accorded under s. 17. As to whether the obligation, when challenged, to satisfy this standard of relevancy can be said to make a seizure under s. 17 "reasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*, I note that it is in American law the principal precondition to the satisfaction of the Fourth Amendment's protection against unreasonable search and seizure, in so far as that protection enures to those ordered to produce documents.

In *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, *supra*, which concerned an order to produce documents issued by the Administrator of *The Fair Labor Standards Act*, Rutledge J., speaking on behalf of the majority of the Supreme Court, said of the Fourth Amendment that the "gist of the protection is in the requirement, expressed in terms, that the disclosure sought shall not be unreasonable" (p. 208). He went on to say that, in regard to *subpoena duces tecum*, this did not require "that a specific charge or complaint of violation of law be pending or that the order be made pursuant to one" (p. 209). Instead, it was sufficient that:

... the investigation be for a lawfully authorized purpose, within the power of Congress to command ... The requirement of "probable cause, supported by oath or affirmation," literally applicable in the case of a warrant, is satisfied in that of an order for production by the court's determination that the investigation is authorized by Congress, is for a purpose Congress can

Il s'ensuit qu'il ne peut être nécessaire que seuls les documents qui ont rapport à l'enquête relative à une infraction précise soient saisis.

a La portée de l'art. 17

Je m'empresse d'ajouter que cela ne signifie pas que la portée éventuelle d'une ordonnance de produire des documents, qui peut être rendue valablement en vertu de l'art. 17, n'a pas de limites. Les documents recherchés doivent se rapporter à l'enquête en cours. La question de la pertinence doit cependant se rapporter à la nature et à l'objet du pouvoir conféré en vertu de l'art. 17. Quant à savoir si on peut dire que l'obligation, lorsqu'elle est contestée, de respecter cette norme de pertinence rend la saisie en vertu de l'art. 17 «raisonnable» au sens de l'art. 8 de la *Charte*, je souligne qu'en droit américain c'est la principale condition préalable pour bénéficier de la protection du Quatrième amendement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives dans la mesure où cette protection s'applique à ceux qui se voient ordonner de produire des documents.

Dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, précité, qui portait sur une ordonnance de produire des documents rendue par l'administrateur de *The Fair Labor Standards Act*, le juge Rutledge, s'exprimant au nom des juges formant la majorité de la Cour suprême, a affirmé au sujet du Quatrième amendement que la [TRADUCTION] «protection accordée se réduit à l'exigence, expressément formulée, que la divulgation demandée ne soit pas déraisonnable» (p. 208). Il a poursuivi en disant qu'en ce qui concerne le *subpoena duces tecum*, il n'était pas nécessaire [TRADUCTION] «qu'une accusation ou une plainte précise relativement à la violation d'une loi ait été portée ou que l'ordonnance ait été rendue par suite d'une telle accusation ou plainte» (p. 209). Il suffisait plutôt que:

[TRADUCTION] ... l'enquête soit tenue pour une fin autorisée par la loi, c'est-à-dire pour une fin qui relève du pouvoir du Congrès. [...] L'exigence d'un «motif plausible, soutenu par serment ou affirmation», qui s'applique littéralement aux mandats, est remplie dans le cas d'une ordonnance de production dès que le tribunal décide que l'enquête a été autorisée par le Congrès,

order, and the documents sought are relevant to the inquiry. [Emphasis added.]

It is true that *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling* was not concerned with a subpoena issued in the course of an inquiry into the violation of anti-trust legislation, but it was applied without qualification to just such a subpoena in *United States v. Morton Salt Co.*, *supra*, where Jackson J., speaking on behalf of the court, said that “it is sufficient if the inquiry is within the authority of the agency, the demand is not too indefinite and the information sought is reasonably relevant” (p. 652). There are many other cases in which the “relevancy to a lawful inquiry” test has been applied to subpoenas issued by agencies or officials investigating anti-trust violations; see *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (Ill. 1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (2d Cir. 1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (8th Cir. 1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (Ill. 1971); *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, *supra*. What is more, a modern treatise on American anti-trust law makes it clear that American courts continue to rely on the “relevancy to a lawful inquiry test” in determining the constitutionality of subpoena issued by anti-trust authorities; see E. W. Kintner and W. P. Kratzke, *Federal Antitrust Law* (1986), vol. VI, § 45.25, at pp. 248-56.

The requirement that the order to produce documents be relevant to a lawful inquiry does not exhaust the American law in this area. In *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, the Supreme Court said that beyond relevancy there was the Fourth Amendment requirement of sufficient particularity in “describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”, which in the case of a *subpoena duces tecum* “comes down to specification of the documents to be produced adequate, but not excessive, for the purposes of the relevant inquiry” (p. 209). It is

qu'elle vise un but relevant du pouvoir du Congrès et que les documents demandés sont pertinents pour les fins de l'enquête. [Je souligne.]

Il est vrai que l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling* ne concernait pas un subpoena délivré au cours d'une enquête sur la violation d'une loi antitrust, mais l'arrêt a été appliqué sans restriction à un tel subpoena dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, où le juge Jackson a affirmé, au nom de la cour, que [TRADUCTION] «il est suffisant si l'enquête relève du pouvoir de l'organisme, si la demande n'est pas trop vague et si les renseignements recherchés sont raisonnablement pertinents» (p. 652). Il existe plusieurs autres décisions dans lesquelles le critère de la [TRADUCTION] «pertinence relativement à l'enquête autorisée légalement» a été appliqué à des subpoenas délivrés par des organismes ou des responsables enquêtant relativement à des violations de lois antitrust; voir les arrêts *People v. Allen*, 103 N.E.2d 92 (Ill. 1952); *Federal Trade Commission v. Tuttle*, 244 F.2d 605 (2d Cir. 1957); *Adams v. Federal Trade Commission*, 296 F.2d 861 (8th Cir. 1961); *People v. Dorr*, 265 N.E.2d 601 (Ill. 1971); *Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.*, précité. Qui plus est, un traité moderne sur la législation antitrust américaine révèle clairement que les tribunaux américains continuent de recourir au [TRADUCTION] «critère de la pertinence relativement à l'enquête autorisée légalement» pour déterminer la constitutionnalité des subpoenas délivrés par des autorités agissant en vertu de lois antitrust: voir E. W. Kintner et W. P. Kratzke, *Federal Antitrust Law* (1986), vol. VI, § 45.25, aux pp. 248 à 256.

L'exigence que l'ordonnance de produire des documents soit pertinente pour les fins de l'enquête autorisée légalement n'est pas la seule condition du droit américain en la matière. Dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, la Cour suprême a dit qu'au-delà de la pertinence, il y a le Quatrième amendement qui exige une précision suffisante dans [TRADUCTION] «la description [du] lieu à fouiller et [d]es personnes ou choses à saisir», ce qui, dans le cas d'un *subpoena duces tecum* [TRADUCTION] «se ramène à une désignation des documents à produire qui soit suffisante

usually said that there are two aspects to this "adequate specification" requirement. The first is quite simply that the subpoena must be sufficiently clear and specific to inform the subpoenaed party of precisely what documents are being demanded. The second is that the subpoena must only be as broad as is necessary for the purposes of the inquiry in progress. An unduly broad subpoena will be struck down on grounds of burdensomeness; see *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924), at pp. 305-6.

While both of these requirements are self-evidently sensible, they do not in my opinion appear to have a basis distinct from the overriding requirement that the order to produce documents be relevant to a lawful inquiry. Rather, they seem to be common sense standards by which to measure such relevancy. The objection of overbreadth is surely only an objection that documents not relevant to the inquiry in progress are being demanded. To the extent that it could be interpreted as an absolute bar to all subpoenas demanding the production of more than a certain number of documents, it would be inconsistent with the maxim, set down in *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, that "relevancy and adequacy or excess in the breadth of the subpoena are matters variable in relation to the nature, purposes and scope of the inquiry" (p. 209). Similarly, the requirement that the subpoena be sufficiently precise and clear in terms of its identification of the documents demanded would simply be a necessary prerequisite to any determination of the relevancy of those documents to the inquiry relied on by the demanding authority.

Returning to the requirement of relevancy itself, I note that under the American test, as under s. 17 of the Act, there is no requirement that relevancy to a lawful inquiry be determined before the subpoena is issued; it is sufficient if its relevancy can be challenged by way of judicial review; see W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the*

aux fins de l'enquête en question, sans être d'une précision excessive» (p. 209). On affirme généralement que cette exigence d'une [TRADUCTION] «mention suffisante» comporte deux aspects. Le premier est tout simplement que le subpoena doit être suffisamment clair et précis pour informer exactement la partie visée des documents précis qui sont demandés. Le second est que la portée du subpoena ne doit pas être plus large que nécessaire pour les fins de l'enquête en cours. Un subpoena dont la portée est trop large sera annulé parce qu'il comporte un fardeau trop lourd; voir l'arrêt *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924), aux pp. 305 et 306.

Bien que ces deux exigences soient manifestement sensées, j'estime que leur fondement ne paraît pas distinct de l'exigence primordiale que l'ordonnance de produire des documents soit pertinente pour les fins d'une enquête autorisée légalement. Elles semblent plutôt constituer des normes relevant du sens commun qui permettent d'évaluer cette pertinence. Il est certain que l'objection de la portée trop large n'est qu'une objection portant que les documents demandés ne sont pas pertinents pour l'enquête en cours. Dans la mesure où elle pourrait être interprétée comme un obstacle absolu à la délivrance de subpoenas exigeant la production de plus qu'un certain nombre de documents, elle serait incompatible avec la règle formulée dans l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, selon laquelle [TRADUCTION] «la pertinence et le caractère suffisant ou la généralité excessive du subpoena varient selon la nature, les objets et l'ampleur de l'enquête» (p. 209). De même, l'exigence que le subpoena soit suffisamment clair et précis pour identifier les documents demandés constituerait simplement une condition préalable nécessaire pour déterminer la pertinence des documents demandés par les autorités en question pour les fins de l'enquête.

Pour revenir à l'exigence de la pertinence elle-même, je souligne qu'en vertu du critère américain comme en vertu de l'art. 17 de la Loi, il n'est pas nécessaire que la pertinence pour les fins d'une enquête autorisée légalement soit déterminée avant la délivrance du subpoena; il suffit que sa pertinence puisse être contestée par voie de contrôle

Fourth Amendment (2nd ed. 1987), vol. 2, § 4.13(e), at p. 382, n. 111. I note also that the expressed rationale for requiring no greater satisfaction of the Fourth Amendment refers to the same factors, namely the difficulty of determining whether violations of anti-trust (and other regulatory) legislation has in fact occurred, to which I have referred earlier in these reasons. In *United States v. Morton Salt Co.*, *supra*, Jackson J., we saw, said at p. 642 that the “only power that is involved here is the power to get information from those who best can give it and who are most interested in not doing so”. In *People v. Dorr*, *supra*, which also concerned investigations under anti-trust laws, the Supreme Court of Illinois said, at p. 603:

Because of the numerous and varied activities which may constitute substantive violations of the quoted portions of the Act, grand jury investigations seeking to ascertain the probable existence of such violations must be given the broadest scope possible, consistent, of course, with constitutional limitations. Thus in the circumstances here present, what we observed in *People v. Allen*, 410 Ill. 508, 517, 103 N.E.2d 92, 96, is particularly pertinent: “In litigated cases, materiality can be fixed with a relatively high degree of precision by reference to the issues formulated in the pleadings. No standard of comparable certainty exists with respect to an inquiry by a grand jury. The very purpose of such an inquiry is to uncover matters previously unknown to the investigating agency.” [Emphasis added.]

Both of these statements can be regarded as applications to the anti-trust context of an assumption that underlies the position of the American courts to the constitutionality of *subpoenae duces tecum* in a wide range of administrative and regulatory contexts. LaFave, *op. cit.*, sums up this position by noting that “most courts recognize that administrative regulation of business is a necessary by-product of industrialization and that effective regulation requires effective investigative procedures” (pp. 380-81). More expansively, K. C.

judiciaire; voir W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2^e éd. 1987), vol. 2, § 4.13e), à la p. 382, n. 111. Je souligne également que la raison expresse pour laquelle on n'exige pas un respect plus rigoureux du Quatrième amendement se rapporte aux mêmes facteurs que j'ai mentionnés précédemment dans ces motifs, c'est-à-dire à la difficulté de déterminer s'il y a effectivement eu violation des lois antitrust (et d'autres lois de nature réglementaire). Dans l'arrêt *United States v. Morton Salt Co.*, précité, nous avons vu que le juge Jackson affirme, à p. 642 que le «seul pouvoir dont il est question ici, c'est le pouvoir d'obtenir des renseignements de ceux qui sont les mieux placés pour les donner et les moins intéressés à le faire». Dans l'arrêt *People v. Dorr*, précité, qui portait également sur des enquêtes tenues en vertu de lois antitrust, la Cour suprême de l'Illinois a affirmé, à la p. 603:

[TRADUCTION] En raison des nombreuses et diverses activités qui peuvent constituer des violations substantielles des extraits reproduits de la Loi, il faut accorder aux enquêtes menées par le grand jury en vue de déterminer l'existence probable de ces violations la plus grande portée possible, laquelle doit cependant être conforme aux limites constitutionnelles. Ainsi, dans les circonstances de l'espèce, ce que nous avons constaté dans l'arrêt *People v. Allen*, 410 Ill. 508, 517, 103 N.E.2d 92, 96, est particulièrement pertinent: «Dans les litiges, le caractère substantiel peut être déterminé avec un degré de précision relativement élevé par rapport aux questions formulées dans les procédures. Aucun degré de certitude comparable n'existe à l'égard d'une enquête menée par un grand jury. L'objet même de cette enquête est de mettre à jour des questions jusque-là inconnues de l'organisme enquêteur». [Je souligne.]

Ces deux affirmations peuvent être considérées comme des applications, dans le contexte des lois antitrust, d'une présomption qui sous-tend la position des tribunaux américains à l'égard de la constitutionnalité des *subpoenae duces tecum* dans un large éventail de contextes administratifs et réglementaires. LaFave, *op. cit.*, résume cette position en soulignant que [TRADUCTION] «la plupart des tribunaux reconnaissent que la réglementation administrative des entreprises est un sous-produit nécessaire de l'industrialisation et qu'une réglementation efficace exige des procédures d'enquête efficaces» (pp. 380 et 381). De façon plus élaborée,

Davis, in his book *Administrative Law Text* (3rd ed. 1972), says at pp. 66-67:

But a better understanding of the significance of what has happened emphasizes the inevitability. Each step follows inexorably: Industrialization brings regulation. Regulation necessitates administrative processes. Agencies cannot operate without access to facts. Ideas about privacy, standing in the way of agencies which seek information indispensable to intelligent regulation, have to give way. In the same way that the gasoline engine made inevitable the development of the airplane, mass production methods and all they symbolize produce complex business arrangements which bring forth equally intricate governmental mechanisms requiring effective exercise of the administrative power of investigation. And the courts as a result feel called upon to write out of the Constitution the protections that the courts at an earlier time felt called upon to write into the Constitution.

These statements suggest the same kind of connection between broad investigatory powers and effective economic regulation which I have argued is fundamental to a proper understanding of the state's interest in the enforcement of anti-combines legislation. The following statement from the leading case of *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, *supra*, at p. 213, is indicative of the rationale that lies behind the relaxation of Fourth Amendment rights in respect of *subpoenae duces tecum*:

... petitioners' view [that subpoena could only be validly issued if issued in accordance with the traditional Fourth Amendment requirements], if accepted, would stop much if not all of investigation in the public interest at the threshold of inquiry and, in the case of the Administrator, is designed avowedly to do so. This would render substantially impossible his effective discharge of the duties of investigation and enforcement which Congress has placed upon him. And if his functions could be thus blocked, so might many others of equal importance.

I find this body of American jurisprudence, emphasizing as it does the vital importance of the power to order the production of documents in the effective regulation of modern economic enterprise, highly persuasive. The courts in Canada, no less than those in the United States, cannot remain

K. C. Davis, dans son ouvrage *Administrative Law Text* (3^e éd. 1972), affirme, aux pp. 66 et 67:

[TRADUCTION] Mais une meilleure compréhension de l'importance de ce qui s'est produit en souligne le caractère inévitable. Chaque étape est inexorable: l'industrialisation entraîne la réglementation. La réglementation exige un processus administratif. Les organismes ne peuvent fonctionner sans avoir accès aux faits. Les notions de respect de la vie privée qui entravent les organismes en quête de renseignements indispensables à une réglementation intelligente doivent céder le pas. Tout comme les moteurs à essence ont rendu inévitable le développement de l'avion, les modes de production en série et tout ce qu'ils représentent sont à l'origine d'arrangements commerciaux complexes qui font intervenir également des mécanismes gouvernementaux tout aussi complexes qui exigent que le pouvoir d'enquête administratif soit exercé efficacement. Il s'ensuit que les tribunaux estiment devoir écarter de la Constitution les protections qu'ils avaient auparavant estimé devoir inscrire dans la Constitution.

Ces affirmations font ressortir le même genre de rapport entre des pouvoirs d'enquête étendus et une réglementation économique efficace qui, je l'ai affirmé, est essentiel pour bien comprendre l'intérêt qu'a l'État dans l'application des lois relatives aux coalitions. L'extrait suivant de l'arrêt de principe *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, précité, à la p. 213, indique la raison d'être qui justifie l'assouplissement des droits reconnus par le Quatrième amendement à l'égard des *subpoenae duces tecum*:

[TRADUCTION] ... si la thèse des requérants [que pour être valide le subpoena devait être décerné conformément aux exigences traditionnelles du Quatrième amendement] était accueillie, elle mettrait fin à la plupart sinon à toutes les enquêtes tenues dans l'intérêt public dès le commencement de celles-ci et, dans le cas de l'administrateur, c'est le but avoué de la thèse. Cela rendrait presque impossible l'exécution efficace de ses fonctions d'enquête et d'application déléguées par le Congrès. Et si ses fonctions peuvent ainsi être entravées, il pourrait en être de même de plusieurs autres de même importance.

J'estime que cette jurisprudence américaine, soulignant comme elle le fait l'importance primordiale du pouvoir d'ordonner la production de documents pour réglementer efficacement l'entreprise économique moderne, est très convaincante. Tout comme les tribunaux américains, les tribunaux

oblivious to the concrete social, political and economic realities within which our system of constitutional rights and guarantees must operate. In particular, we must recognize that the *Charter* alone cannot secure that full portion of individual freedom to which we aspire. Effective regulation of the many private and democratically unaccountable institutions which are capable of exercising virtually coercive powers within their sphere of operations is also crucially important. We cannot allow our commitment to the former preclude our further reliance on the latter. I add that as the Canadian economy becomes increasingly integrated with the American and, indeed, the global economy, we should be wary of giving an interpretation to the Constitution that shackles the government's capacity to cope with problems that other countries, with which we share similar human, legal and constitutional values, are quite able to deal with in, to use Eugene Rostow's apt phrase, planning for freedom.

Conclusion

Accordingly, I would on this aspect of the appeal find in favour of the respondents. In my opinion, s. 17 of the *Combines Investigation Act* does not, having regard to the low expectation of privacy which those subject to its operation can be said to have in regard to the documents that fall within its scope and the important and difficult task of law enforcement in which it assists, countenance the making of unreasonable seizures within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The opportunity to challenge, by way of judicial review, the relevancy of any particular use of s. 17 to matters in respect of which the Director or Commission can conduct inquiries, provides adequate guarantee against potential abuse of the power s. 17 confers. No evidence of any such abuse is apparent in the case before this Court.

canadiens ne peuvent davantage ignorer les réalités sociales, politiques et économiques concrètes à l'intérieur desquelles doit s'inscrire notre système de droits et de garanties constitutionnels. Plus particulièrement, nous devons reconnaître que la *Charte* ne peut à elle seule protéger toute la dimension de liberté individuelle à laquelle nous aspirons. La réglementation efficace des divers organismes privés qui, démocratiquement, n'ont pas de compte à rendre et qui peuvent exercer des pouvoirs quasi coercitifs à l'intérieur de leur domaine d'activités a également une importance cruciale. Notre engagement à l'égard de la *Charte* ne peut nous empêcher de reconnaître la nécessité de cette réglementation. J'ajoute qu'avec l'intégration plus grande de l'économie canadienne dans l'économie américaine et même dans l'économie mondiale, nous devrions hésiter à donner à la Constitution une interprétation qui entrave la capacité du gouvernement d'affronter des problèmes que d'autres pays, avec lesquels nous partageons des valeurs humaines, juridiques et constitutionnelles semblables, sont tout à fait capables de traiter dans leur vision de la liberté comme l'a si bien dit Eugene Rostow.

f Conclusion

Par conséquent, sur cet aspect du pourvoi je suis d'avis de conclure en faveur des intimés. À mon avis, l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne permet pas d'effectuer des saisies abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné les faibles attentes en matière de respect du droit à la vie privée que peuvent avoir ceux qui y sont assujettis, pour ce qui est des documents qui relèvent de sa portée, étant donné également son rôle dans la tâche importante et difficile d'application de la Loi. La possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire la pertinence de tout recours particulier à l'art. 17 quant à l'objet des enquêtes que peuvent tenir le directeur ou la Commission offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l'art. 17. Il n'y a preuve d'aucun abus semblable dans le présent pourvoi.

Section 7 of the Charter

I turn now to consider whether s. 17 of the *Combines Investigation Act* contravenes s. 7 of the *Charter*. I agree with my colleagues that the power conferred by s. 17 to compel any person to give oral testimony constitutes a deprivation of liberty within the meaning of s. 7. The real question for determination is whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice.

The Principles of Fundamental Justice

In considering this issue, I should begin with what this Court has had to say about the interrelationship of s. 7 and other provisions of the *Charter* and, in particular, the bearing these other provisions have on the content of the principles of fundamental justice. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326, I noted "the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete", but are aimed rather at protecting "a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136)". I further noted that the particularization of the rights in the *Charter* was intended to structure and focus judicial exposition of these values. I then added, at p. 326:

The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

In a word, the content of each right can only be understood by reference to other *Charter* provisions. This, I would think, is especially true of a broad expression like the principles of fundamental justice. Lamer J., in a passage from his reasons cited by Wilson J., had made the same point in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, where he drew particularly upon the related provisions of ss. 8 to 14 as a guide to the

L'article 7 de la Charte

J'examine maintenant la question de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Je partage l'avis de mes collègues que le pouvoir de l'art. 17 de contraindre toute personne à témoigner oralement constitue une atteinte à la liberté au sens de l'art. 7. La véritable question est de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

En examinant cette question, je devrais commencer par répéter ce que notre Cour a dit au sujet de la corrélation entre l'art. 7 et d'autres dispositions de la *Charte* et, en particulier, concernant l'incidence de ces autres dispositions sur la teneur des principes de justice fondamentale. M'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326, j'ai souligné «un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres» mais visent plutôt à sauvegarder «un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136)». J'ai souligné en outre que la spécification des droits dans la *Charte* visait à structurer et à orienter l'expression judiciaire de ces valeurs. J'ai ensuite dit, à la p. 326:

La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

En un mot, la teneur de chaque droit ne peut être comprise que par rapport aux autres dispositions de la *Charte*. Je pense que cela est particulièrement vrai dans le cas d'une expression générale comme les principes de justice fondamentale. Le juge Lamer, dans un extrait de ses motifs reproduit par le juge Wilson, a dit la même chose dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, où il s'est fondé

essential elements of our system for the administration of justice. As he put it, ss. 8 to 14 provide “an invaluable key to the meaning of ‘principles of fundamental justice’”.

In the present case, ss. 11(c) and 13 have been particularly relied on as throwing light on the meaning of the “principles of fundamental justice”. These provisions which, respectively, protect an accused from being compelled to be a witness in proceedings against the accused, and a witness from having incriminating evidence given by that witness in a proceeding used to incriminate him or her in another proceeding, are clearly relevant in assessing the content of the principles of fundamental justice in the present context. So too, as I shall explain in a moment, is s. 11(d) which guarantees an accused a fair trial. Finally, as L’Heureux-Dubé and Sopinka JJ. have observed, s. 24(2) of the *Charter*, which provides that evidence may be excluded if obtained in a manner that brings the administration of justice into disrepute, must also be considered. For it, too, provides that evidence obtained in circumstances that are offensive to our fundamental social values shall not be admitted.

Sections 11(c) and 13 are, however, central to our inquiry and I shall particularly concentrate on these. They clearly point to the fact that the privilege or right against self-incrimination, sometimes referred to as the right to silence, forms an integral part of the principles of fundamental justice under our legal system. Like my colleagues, I am prepared to agree that s. 7 of the *Charter* may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13. The inability of the appellants to come within either of the latter sections is, therefore, not fatal to their claim. I should perhaps mention, however, that the questions raised will, for the most part, be concerned with the admission of evidence. That being so, what will really be involved in most cases is the question of a fair

en particulier sur les dispositions connexes des art. 8 à 14 comme guide quant aux éléments essentiels de notre système d’administration de la justice. Comme il le dit, les art. 8 à 14 fournissent «une indication exceptionnelle quant au sens de l’expression «principes de justice fondamentale»».

En l’espèce, on s’est surtout appuyé sur l’al. 11c) et l’art. 13 pour l’éclaircissement qu’ils apportent sur le sens des «principes de justice fondamentale». Ces dispositions, qui prévoient respectivement qu’un inculpé a le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui et que chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sont certainement pertinentes pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale dans le présent contexte. Il en est de même, comme je l’expliquerai dans un moment, de l’al. 11d) qui garantit à l’accusé un procès équitable. Enfin, comme les juges L’Heureux-Dubé et Sopinka l’ont souligné, le par. 24(2) de la *Charte*, qui prévoit que des éléments de preuve peuvent être écartés s’ils ont été obtenus d’une manière qui déconsidère l’administration de la justice, doit également être considéré. En effet, il prévoit également que les éléments de preuve obtenus dans des circonstances qui portent atteinte à nos valeurs sociales fondamentales ne seront pas admis.

L’alinéa 11c) et l’art. 13 sont cependant essentiels à notre examen et je vais surtout m’attarder à ceux-ci. Ils indiquent clairement que le privilège ou le droit de ne pas s’incriminer, que l’on désigne parfois comme le droit de garder le silence, fait partie intégrante des principes de justice fondamentale dans notre système judiciaire. Comme mes collègues, je suis prêt à reconnaître que l’art. 7 de la *Charte* peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique prévue par l’al. 11c) et l’art. 13. Même si la situation des appelants ne relève d’aucune de ces deux dispositions, cela n’est toutefois pas fatal à leur demande. Je devrais peut-être mentionner cependant que les questions soulevées porteront pour la plupart sur l’utilisation des éléments de preuve. Cela étant, c’est la question de la

hearing under s. 11(d) of the *Charter*, and this Court has indicated a preference for dealing with *Charter* issues in relation to specific provisions rather than under s. 7 where this is possible. On the whole, though, I think the same underlying issues would arise, and I shall deal with them, as argued, on the basis of the principles of fundamental justice.

That said, however, one should not automatically accept that s. 7 comprises a broad right against self-incrimination on an abstract level or, for that matter, on the American model, complete with all its residual doctrines. If that had been intended, it would have been very easy to say so. That is not what the *Charter* does, and the *Charter* must be read in its own terms. Accordingly, while I am prepared to accept that s. 7 can protect the individual from fundamental unfairness arising out of self-incriminatory statements in circumstances not covered by ss. 11(c) and 13, an assessment of what this means must be made in accordance with the spirit of those provisions. What those provisions build upon, it seems clear, is Canadian, not American, experience. As this Court put it in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401:

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

The resemblance between the provisions of the *Charter* and those existing under the applicable statutory regime at the time of its enactment is striking. Textually, all that seems to have been removed from the statutory regime is that s. 13 does not contain the much criticized requirement that a witness must expressly object to the use of his or her testimony. Textually, then, it is clearer than in many other cases that, to borrow the words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503, "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system" (emphasis added). And in attempting to

tenue d'un procès équitable en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* qui sera véritablement soulevée dans la plupart des cas et notre Cour a indiqué qu'elle préférerait traiter les questions relatives à la *Charte* en fonction de dispositions spécifiques plutôt qu'en fonction de l'art. 7 lorsque cela est possible. Toutefois, dans l'ensemble, je pense que les mêmes questions fondamentales se poseraient et je vais les examiner comme elles ont été présentées, c'est-à-dire en fonction des principes de justice fondamentale.

Cela étant dit, il ne faut cependant pas accepter automatiquement que l'art. 7 comprend abstraitement ou, à cet égard, selon le modèle américain, un droit général de ne pas s'incriminer assorti de toutes ses théories résiduelles. Si on avait voulu le faire, il aurait été très facile de le dire. Ce n'est pas ce que la *Charte* prévoit et celle-ci doit être interprétée selon ce qu'elle dit. Par conséquent, bien que je sois prêt à accepter que l'art. 7 peut protéger le particulier contre l'injustice fondamentale qui découle de déclarations incriminantes dans des circonstances non visées par l'al. 11c) et l'art. 13, il faut déterminer ce que cela veut dire conformément à l'esprit de ces dispositions. Il semble clair que ces dispositions se fondent sur l'expérience canadienne et non l'expérience américaine. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401:

Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

La ressemblance entre les dispositions de la *Charte* et celles qui existaient en vertu du régime législatif applicable à l'époque de son adoption est frappante. Textuellement, tout ce qui a été retiré du régime législatif, c'est que l'art. 13 ne comporte pas pour le témoin l'obligation, fort critiquée, de s'opposer expressément à l'utilisation de son témoignage. Donc, textuellement, il est plus clair que dans plusieurs autres cas que, pour reprendre les propos du juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juri-

determine what these basic tenets are, one must, as this Court did in *R. v. Lyons, supra*, at p. 327, and *R. v. Beare, supra*, at pp. 402-3, "consider [the impugned measure] against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field".

What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons, supra*, at pp. 327 and 329; *R. v. Beare, supra*, at pp. 403-5; also my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per* La Forest J. (Dickson C.J. and Lamer J. concurring). The interests in the area with which we are here concerned involve particularly delicate balancing, and, as Wilson J. has demonstrated, the various common law countries have approached it in rather different ways. I do not wish to undertake the invidious task of examining which is the better way. All seem to me to be reasonable approaches, but what is important is that the *Charter* provisions seem to me to be deeply anchored in previous Canadian experience. By this, I do not mean that we must remain prisoners of our past. I do mean, however, that in continuing to grope for the best balance in specific contexts, we must begin with our own experience which, as I read ss. 11(c) and 13, is what the *Charter* calls upon us to do. Indeed, quite apart from the textual arguments, the *Charter* was not enacted in a vacuum, a factor referred to in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and on which this Court relied in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1491.

Two final points require mention in considering the nature of the principles of fundamental justice.

dique» (je souligne). Et pour tenter de déterminer ce que sont ces préceptes fondamentaux, il faut, comme l'a fait notre Cour dans les arrêts *R. c. Lyons*, précité, à la p. 327, et *R. c. Beare*, précité, à la p. 403, «examiner [la mesure contestée] en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine».

^b Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale; voir les arrêts *R. c. Lyons*, précité, aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, précité, aux pp. 403 à 405, ainsi que mes motifs dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissent sur un autre point); voir également l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer). Les intérêts visés dans le domaine qui nous concerne en l'espèce doivent être soupesés de façon particulièrement délicate et, comme le juge Wilson l'a démontré, les différents pays de common law ont abordé la question de manières plutôt différentes. Je ne veux pas entreprendre la tâche ingrate de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder. Elles me semblent toutes raisonnables, mais l'important est que les dispositions de la *Charte* me semblent profondément enracinées dans l'expérience canadienne antérieure. Je ne veux pas dire par là que nous devons demeurer prisonniers de notre passé. Je veux cependant dire que tout en cherchant à établir le meilleur équilibre dans des contextes particuliers, nous devons partir de notre propre expérience, ce que la *Charte* nous invite à faire, selon mon interprétation de l'al. 11c) et de l'art. 13. En effet, et sans faire appel aux arguments fondés sur le texte, la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte, un facteur mentionné dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et sur lequel la Cour s'est appuyée dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1491.

^j Finalement, deux points méritent d'être soulignés dans l'examen de la nature des principes de

The first is that these principles vary with the context. It was thus put in *R. v. Lyons, supra*, at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

The second point, also mentioned in *R. v. Lyons*, at p. 362, is "that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined"; see also *R. v. Beare, supra*, at p. 412.

I turn now to the application of the principles of fundamental justice in the present context.

Compulsory Testimony

Before moving to what I consider the central issue in this case, I find it necessary to deal with two preliminary questions. The first is that I must with respect differ from my colleague Sopinka J. to the extent that he can be taken as saying that a power to compel testimony is by itself contrary to the principles of fundamental justice in the present case. I recognize that as a matter of history, the rights of the subject in respect of questions from those in authority have been divided into the witness's right to have self-incriminating answers excluded from any proceeding in which he or she subsequently faces charges, and the right of an accused to say nothing at his or her own trial. I agree with Sopinka J. that an accused's right to silence must extend beyond the actual trial itself, but I do not think it must be extended to those who are ordered to testify in a proceeding such as that provided by s. 17 of the *Combines Investigation Act*. Such an extension would seriously complicate the already difficult task of investigating the type of conduct with which the Act is concerned. In cases where information of value to an investigation can most easily be obtained by asking questions of those responsible for the decisions and actions of particular business organizations, an

justice fondamentale. Le premier est que ces principes varient selon le contexte. Voici comment on s'est exprimé dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, à la p. 361:

^a Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Le second point également mentionné dans l'arrêt *R. c. Lyons*, à la p. 362, est «que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer»; voir également l'arrêt *R. c. Beare*, précité, à la p. 412.

^d Mon examen portera maintenant sur l'application des principes de justice fondamentale dans le présent contexte.

Le témoignage obligatoire

^e Avant d'entreprendre l'examen de ce que je considère comme la principale question de ce pourvoi, j'estime nécessaire de traiter de deux questions préliminaires. La première m'oblige, en toute déférence, à m'écarter de l'opinion de mon collègue le juge Sopinka dans la mesure où l'on peut considérer qu'il a dit qu'un pouvoir de contraindre à témoigner est en soi contraire aux principes de justice fondamentale en l'espèce. Je reconnais qu'historiquement les droits du particulier à l'égard des questions posées par des personnes en situation d'autorité ont été séparés en deux: le droit du témoin à ce que ses réponses incriminantes ne soient pas utilisées dans des procédures ultérieures où il est accusé et le droit d'un accusé de garder le silence à son procès. Je suis d'accord avec le juge Sopinka que le droit de l'accusé de garder le silence doit s'étendre au-delà du procès lui-même, mais je ne crois pas qu'il doive s'étendre à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Un tel élargissement de la portée du droit rendrait encore beaucoup plus difficile l'enquête relative aux pratiques visées par la Loi. Dans les cas où les renseignements qui sont importants pour l'enquête peu-

absolute right to refuse to answer questions would represent a dangerous and unnecessary imbalance between the rights of the individual and the community's legitimate interest in discovering the truth about the existence of practices against which the Act was designed to protect the public.

As noted earlier, this Court has made it clear that the community's interest is one of the factors that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice. A right to prevent the subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects the individual from being "conscripted against himself" without simultaneously denying an investigator's access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state. An absolute right to refuse to answer questions, however, does not do so. It makes certain information inaccessible while at the same time allowing the individual to refuse to divulge information regardless of whether it is potentially prejudicial to his or her personal interests.

As also noted earlier, in assessing whether a measure violates the principles of fundamental justice, the specific context in which it operates must be steadily kept in mind. The application of these principles must be attuned to that context. Here it must be kept in mind that inquiries under s. 17 are inquisitorial rather than adversarial in nature, a distinction I have borrowed from E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 21. They are investigations in which no final determination as to criminal liability is reached. As I pointed out in discussing s. 8 of the *Charter*, unlike standard criminal investigations where the question is whether X has committed offence Y, the questions confronting investigators under the *Combines Investigation Act* are more likely to take the form of whether offence Y has occurred, and if so, who is likely to be responsible for its commission. In other words, inquiries held under the Act do not focus on the conduct of a single individual in the

vent facilement être obtenus au moyen de questions posées aux responsables des décisions et des pratiques d'entreprises commerciales particulières, le droit absolu de refuser de répondre aux questions constituerait un déséquilibre dangereux et inutile entre les droits du particulier et l'intérêt légitime qu'a la collectivité à découvrir la vérité au sujet de l'existence de pratiques contre lesquelles la Loi devait protéger le public.

Comme je l'ai déjà souligné, notre Cour a déjà dit clairement que l'intérêt de la collectivité est un des facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale. Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. Cependant, un droit absolu de refuser de répondre aux questions n'a pas cet effet. Il rend alors certains renseignements inaccessibles tout en permettant au particulier de refuser de divulguer des renseignements sans égard à la question de savoir si cela peut nuire à ses intérêts personnels.

Comme je l'ai également souligné antérieurement, pour déterminer si une mesure viole les principes de justice fondamentale, on doit toujours garder à l'esprit le contexte particulier dans lequel elle s'inscrit. L'application de ces principes doit s'adapter à ce contexte. En l'espèce, il faut se rappeler que les enquêtes visées par l'art. 17 sont de nature inquisitoriale plutôt que contradictoire, une distinction que j'ai empruntée à E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 21. Il s'agit d'enquêtes qui ne comportent aucune conclusion définitive quant à la responsabilité criminelle. Comme je l'ai souligné dans l'analyse de l'art. 8 de la *Charte*, contrairement aux enquêtes criminelles habituelles où il s'agit de déterminer si X a commis l'infraction Y, les questions auxquelles font face les enquêteurs en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* consisteront plus probablement à se demander si l'infraction Y a été commise et, dans l'affirmative, qui est susceptible d'en être le res-

way in which ordinary criminal investigations typically do. They are more open ended, in the sense that the scope of the information gathering activity is not as narrowly directed to the probability of any particular individual's legal culpability. Relative to ordinary forms of criminal investigations, the investigations conducted under s. 17 do not involve the use of state power in the interests of securing the conviction of a particular individual.

I see a significant difference between investigations that are truly adversarial, where the relationship between the investigated and investigator is akin to that between accused and prosecution in a criminal trial, and the broader and more inquisitorial type of investigation that takes place under s. 17 of the Act. The lower probability of prejudice the latter represents to any particular individual who comes within its reach, together with the important role such investigations play in the effective enforcement of anti-combines and possibly other regulatory legislation, suggests that a more appropriate balance between the interests of the individual and the state can be achieved by retention of the power to compel testimony and the recognition of the right to object to the subsequent use of so much of the compelled testimony as is self-incriminatory.

On the latter point, I refer to my discussion under s. 8 of the special difficulty of enforcing a statute like the *Combines Investigation Act* where only those engaged in the activities regulated by the Act have access to the necessary information. That discussion is as relevant to oral testimony as it is to the compelled production of documents. There is no doubt that the power to compel testimony is important to the overall effectiveness of the investigative machinery established by the Act, in that it allows the necessary scope of particular inquiries to be defined more quickly and with greater precision than would otherwise be possible. In this regard, it allows investigators to identify the "targets" at which they should aim their use of their other investigative powers, such as the power

ponsable. En d'autres termes, les enquêtes tenues en vertu de la Loi ne sont pas axées sur la conduite d'un seul individu comme dans le cas des enquêtes criminelles habituelles. Elles sont plus ouvertes, en ce sens que l'étendue de la cueillette des renseignements ne porte pas aussi restrictivement sur la probabilité de la culpabilité d'un individu en particulier. Par rapport aux formes ordinaires d'enquête criminelle, les enquêtes tenues en vertu de l'art. 17 ne comportent pas l'utilisation d'un pouvoir de l'État en vue d'obtenir la déclaration de culpabilité d'un individu en particulier.

Je vois une différence importante entre les enquêtes qui sont vraiment de nature contradictoire, où les rapports entre la personne visée par l'enquête et l'enquêteur ressemblent à ceux qui existent entre l'accusé et la poursuite dans un procès criminel, et l'enquête de portée plus générale et de nature plus inquisitoriale tenue en vertu de l'art. 17 de la Loi. Le risque plus faible de préjudice que comporte cette dernière pour tout individu particulier qui en fait l'objet, ainsi que le rôle important que jouent ces enquêtes dans l'application efficace de lois anticoncerts et peut-être d'autres lois de nature réglementaire, permet de croire qu'on peut atteindre un équilibre plus approprié entre les intérêts du particulier et ceux de l'État en conservant le pouvoir de contraindre à témoigner et en reconnaissant le droit de s'opposer à l'utilisation ultérieure des parties incriminantes du témoignage forcé.

Sur ce dernier point, je rappelle mon analyse, en vertu de l'art. 8, de la difficulté particulière que pose l'application d'une loi comme la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, où seuls ceux qui se livrent aux activités régies par la Loi ont accès aux renseignements nécessaires. Cette analyse s'applique tout autant au témoignage oral qu'à l'obligation de produire des documents. Il ne fait pas de doute que le pouvoir de contraindre à témoigner est important pour l'efficacité globale du mécanisme d'enquête établi par la Loi parce qu'il permet ainsi de définir plus rapidement et avec plus de précision l'étendue nécessaire de chaque enquête particulière. À cet égard, il permet aux enquêteurs d'identifier les «cibles» que devrait viser l'utilisation de leurs autres pouvoirs d'en-

to order the production of documents or the giving of evidence upon affidavit. In short, the power to compel testimony allows anti-combines investigators to pry information from the only persons with information about the transactions being investigated, and in this way it prevents those persons and their employers from benefiting from the painstaking slowness that would otherwise characterize the investigations of those responsible for the administration of the Act.

Representative Witnesses

My second preliminary point has to do with the effect which the corporate identity of those investigated under the Act has upon the availability of the right against self-incrimination to those ordered to testify under s. 17. This Court has held that a "corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*"; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 1002-3. As artificial entities, corporations are simply incapable of enjoying the rights to "life, liberty and security of the person" which s. 7 guarantees. In respect to the right against compelled self-incrimination, this means that corporations are simply incapable of being forced to testify against themselves. They are, in fact, incapable of acting as witnesses at all; see *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 37-39. I do not think it follows, however, that the right against self-incrimination is therefore unavailable to those who are compelled to give testimony as the representatives of a corporation. In this regard I respectfully disagree with my colleague L'Heureux-Dubé J. Regardless of whether they give testimony in their representative or personal capacities, those who are compelled to testify under s. 17 are subjected to a direct and real violation of their own liberty. The deprivation that triggers s. 7 in the case of those compelled to testify in their personal capacity is just as present in the case of those compelled to testify in their representative capacity. I see no reason why it

quête, comme le pouvoir d'ordonner la production de documents ou celui de témoigner par affidavit. En résumé, le pouvoir de contraindre à témoigner permet aux enquêteurs en matière de coalitions de chercher à se renseigner auprès des seules personnes qui détiennent des renseignements au sujet des opérations qui font l'objet de l'enquête et, de cette façon, il empêche ces personnes et leurs employeurs de profiter de la lenteur excessive qui caractériserait autrement les enquêtes tenues par les responsables de l'application de la Loi.

Les témoins qui agissent en qualité de représentants

Ma seconde question préliminaire porte sur l'incidence que le fait que ce soient des sociétés qui font l'objet d'une enquête en vertu de la Loi a sur la possibilité qu'ont ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de se prévaloir du droit de ne pas s'incriminer. Notre Cour a déjà dit qu'une «société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*»; voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 1002 et 1003. Comme entités artificielles, les sociétés ne peuvent tout simplement pas bénéficier des droits «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne» que garantit l'art. 7. En ce qui concerne le droit de ne pas être contraint de s'incriminer, cela signifie qu'on ne peut tout simplement pas forcer les sociétés à témoigner contre elles-mêmes. Elles sont effectivement incapables d'agir en qualité de témoins; voir l'arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 37 à 39. Je ne crois pas cependant qu'il s'ensuit que ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants d'une société ne peuvent pas invoquer le droit de ne pas s'incriminer. Sur ce point, je ne puis, en toute déférence, souscrire aux motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. Ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 peuvent subir une violation directe et réelle de leur propre liberté, et ce, peu importe qu'ils témoignent en qualité de représentants ou en leur qualité personnelle. L'atteinte qui fait intervenir l'art. 7 dans le cas de ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité personnelle est tout aussi présente dans le cas de ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité de repré-

should be necessary to conform with the principles of fundamental justice in one case but not the other.

Similarly, the prejudice that can be suffered by those compelled to testify in a representative capacity is one they experience personally. An officer compelled to testify on behalf of his or her corporation may be subsequently charged under the Act, and it would be highly artificial to say that his or her compelled testimony could be used against him or her on the ground that its use did not amount to compelled self-incrimination on the ground that it was technically the testimony of the company. The reality is that once a person is compelled to give testimony, it makes no difference whether that person speaks on behalf of himself or herself, or on behalf of the corporation. So long as such persons are liable to subsequent prosecution they are susceptible, in the absence of sufficient protection, to the prejudice against which the right against self-incrimination is intended to guard. This reality is one of the reasons this Court has on two occasions refused to accept the argument that testimony compelled from corporate officers in their representative capacity should be construed as the testimony of the corporation itself; see *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679, at p. 691, and *R. v. Amway Corp.*, *supra*, at pp. 37-39.

I do not believe that putting those compelled to testify in a representative capacity on the same footing as those compelled to testify in their personal capacity means that corporations will be able to receive the indirect benefit of a right they are precluded from claiming directly. Holding that persons who are compelled to speak on behalf of a corporation have a right to object to the introduction of that testimony at their own subsequent trial in no way suggests that the corporation would have the same right at its subsequent trial. In fact, the exact opposite would seem to follow. For if the person compelled to testify on behalf of a corporation is entitled to the protection of the right against self-incrimination, it follows that the testimony is in fact his or her own testimony, at least in so far as entitlement to that particular right is

sentants. Je ne vois aucune raison pour laquelle il devrait être nécessaire de se conformer aux principes de justice fondamentale dans un cas mais non dans l'autre.

^a De même, le préjudice que peuvent subir ceux qui sont contraints de témoigner en qualité de représentants est de nature personnelle. Le dirigeant contraint de témoigner pour le compte de sa ^b société peut être ultérieurement accusé en vertu de la Loi, et il serait parfaitement illusoire de dire que ce témoignage pourrait être utilisé contre lui parce que l'utilisation ne constituerait pas de l'auto-incrimination forcée puisqu'il s'agirait techniquement ^c du témoignage de la société. En réalité, lorsqu'une personne est obligée de témoigner, cela ne change rien qu'elle s'exprime en son nom personnel ou au nom de la société. Dans la mesure où elles peuvent ^d être poursuivies ultérieurement, elles sont susceptibles, en l'absence de protection suffisante, de subir le préjudice que vise à prévenir le droit de ne pas s'incriminer. Cette réalité est une des raisons pour lesquelles notre Cour a refusé à deux reprises ^e d'accepter l'argument que le témoignage forcé de dirigeants de sociétés en leur qualité de représentants devrait être considéré comme le témoignage de la société elle-même; voir les arrêts *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679, à la p. 691, et *R. c. Amway Corp.*, précité, aux pp. 37 à 39.

^g Je ne crois pas qu'en mettant sur le même pied ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité de représentants et ceux qui sont contraints de témoigner en leur qualité personnelle, les sociétés puissent profiter indirectement d'un droit dont ^h elles ne peuvent profiter directement. Prétendre que les personnes qui sont contraintes de s'exprimer au nom d'une société ont le droit de s'opposer à ce que ce témoignage soit utilisé au cours de leur propre procès ultérieur ne signifie aucunement que ⁱ la société bénéficierait du même droit à son procès ultérieur. C'est d'ailleurs exactement le contraire qui semblerait se produire. Car si la personne contrainte de témoigner au nom d'une société peut ^j bénéficier de la protection du droit de ne pas s'incriminer, il s'ensuit que le témoignage constitue effectivement son propre témoignage, à tout le

concerned. Its use cannot, therefore, be self-incriminatory *qua* the corporation. See *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, *supra*, at p. 691, and *R. v. Amway Corp.*, *supra*, at pp. 37-39.

The Use of Compelled Testimony

I turn now to the central question relating to the application of the principles of fundamental justice to the power of the commissioners to compel testimony under s. 17 of the Act. I reiterate that, in the present case, the subsequent use in criminal proceedings of compelled testimony, and not the giving of that testimony, is the matter to be addressed in considering the application of the principles of fundamental justice. As is made clear in the reasons of my colleague Wilson J., their application to this case turns on the scope of the immunity against subsequent use of compelled testimony set out in s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*. That provision protects those who are compelled to testify under s. 17 against the subsequent use of their oral testimony. It provides no protection against the subsequent use of evidence that is derived from that testimony. In other words, the Act provides what the American courts call "use immunity", but it does not provide what those courts refer to as "derivative use immunity".

On this ground, Wilson J. finds the s. 17 power to compel testimony contrary to the principles of fundamental justice. For support she relies in part on *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), where the Supreme Court of the United States reasoned that the Fifth Amendment, which provides a broad and general right against self-incrimination, would be violated unless the power to compel testimony was accompanied by an immunity that was co-extensive with the Fifth Amendment right it was intended to replace. It then ruled that only "immunity from use and derivative use is coextensive with the scope of the privilege against self-incrimination, and therefore

moins en ce qui concerne la possibilité d'invoquer ce droit particulier. Son utilisation ne peut donc être incriminante pour la société comme telle. Voir les arrêts *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, *a* précité, à la p. 691, et *R. c. Amway Corp.*, précité, aux pp. 37 à 39.

L'utilisation d'un témoignage forcé

J'entreprends maintenant l'examen de la principale question relative à l'application des principes de justice fondamentale au pouvoir des commissaires de contraindre une personne à témoigner en vertu de l'art. 17 de la Loi. Je répète qu'en l'espèce la question qu'il faut aborder en examinant l'application des principes de justice fondamentale est l'utilisation ultérieure du témoignage forcé dans des poursuites criminelles et non le fait de donner ce témoignage. Comme l'indique clairement ma collègue le juge Wilson dans ses motifs, l'application de ces principes en l'espèce dépend de l'étendue de l'immunité prévue au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* contre l'utilisation ultérieure d'un témoignage forcé. Cette disposition protège les personnes contraintes de témoigner en vertu de l'art. 17 contre l'utilisation ultérieure du témoignage rendu oralement. Cet article n'accorde aucune protection contre l'utilisation ultérieure de la preuve dérivée de ce témoignage. En d'autres termes, la Loi prévoit ce que les tribunaux américains appellent [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», mais ne prévoit pas ce que ces tribunaux appellent [TRADUCTION] «l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée».

Sur ce point, le juge Wilson conclut que le pouvoir de l'art. 17 de contraindre une personne à témoigner est contraire aux principes de justice fondamentale. À l'appui de sa conclusion, elle mentionne notamment l'arrêt *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), dans lequel la Cour suprême des États-Unis a expliqué que le Cinquième amendement, qui confère un droit de portée large et générale contre l'auto-incrimination, serait violé à moins que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne soit assorti d'une immunité correspondant au droit garanti par le Cinquième amendement qu'il visait à remplacer. La cour a alors conclu que seule [TRADUCTION]

is sufficient to compel testimony over a claim of the privilege" (p. 453).

With respect, I entertain a number of difficulties with this argument. In the first place, it assumes that the Act permits the admissibility of the evidence. That is not what it does. What it does rather (by s. 20(2)) is to make testimony given by a person compelled to testify under the Act inadmissible. It otherwise makes no provision regarding admissibility or inadmissibility. The admissibility of the evidence is governed by the common law. When it is relevant, it is admissible unless it is made inadmissible by virtue of another common law rule, a statute or the *Charter*. For example, the common law gives the judge a discretion to reject evidence if its prejudicial character substantially exceeds its probative value; see my reasons in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525. Since that power is predicated on the requirement of a fair trial, this obviously has direct implications for s. 11(d) of the *Charter*, which I would think has a larger role to play in weeding out prejudicial and unfair evidence—a role that, were s. 11(d) not there, could be played by s. 7. In truth, however, I see no real difference between the standards in these provisions.

Simply because Parliament has provided for the inadmissibility of certain evidence does not mean that it thereby intended that other evidence should be admitted, even when either at common law or under the *Charter*, such evidence would be rejected on the ground that admitting it would be unfair. It is quite reasonable for Parliament to have dealt with the obvious case of unfairness resulting from the use of self-incriminating testimony, leaving more subtle situations to be dealt with in the application of general principles. And, as I will demonstrate, derivative evidence raises very subtle questions requiring contextual balancing. It should be remembered that the *Charter* regime mandates a more flexible and contextual approach to the

«d'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée correspond à celle du privilège de ne pas s'incriminer et que cette immunité suffit en conséquence pour que l'obligation de témoigner a l'emporte sur une revendication du privilège» (p. 453).

En toute déférence, cet argument me pose un certain nombre de problèmes. Premièrement, il suppose que la Loi permet d'admettre le témoignage. Il n'en est rien. Au contraire, elle rend (par le par. 20(2)) irrecevable le témoignage donné par une personne contrainte de témoigner en vertu de la Loi. Elle ne contient par ailleurs aucune disposition concernant l'admissibilité ou l'inadmissibilité. L'admissibilité de la preuve est régie par la common law. Lorsque cette preuve est pertinente, elle est admissible à moins d'être rendue inadmissible en raison d'une autre règle de common law, d'une loi ou de la *Charte*. Par exemple, la common law confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve si son caractère préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante; voir mes motifs dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525. Puisque ce pouvoir repose sur l'exigence d'un procès équitable, il a évidemment une incidence directe sur l'al. 11d) de la *Charte*, qui, à mon sens, joue un plus grand rôle dans la décision d'écarter une preuve préjudiciable et injuste, un rôle qui, en l'absence de l'al. 11d), pourrait être joué par l'art. 7. En vérité, je ne vois toutefois aucune différence réelle entre les normes de ces dispositions.

Ce n'est pas parce que le Parlement a décidé de rendre certains éléments de preuve inadmissibles qu'il a voulu par le fait même permettre que d'autres éléments de preuve soient admis même si ceux-ci, en raison de la common law ou de la *Charte*, seraient écartés parce que les admettre serait injuste. Il est tout à fait raisonnable que le Parlement ait traité de l'injustice flagrante qui résulte de l'utilisation d'un témoignage incriminant et décidé que des principes généraux s'appliqueraient aux situations plus délicates. Et, comme je vais le démontrer, la preuve dérivée soulève des questions très délicates qui exigent que l'équilibre soit établi selon le contexte. Il convient de rappeler que le régime de la *Charte* exige que l'admissibilité

admissibility of evidence than the United States Constitution; thus there is no counterpart to s. 24(2) of the *Charter* in that country. I do not think this Court should go out of its way to read an Act that deals only with the inadmissibility of certain evidence to prevent the violation of the *Charter* as permitting the admissibility of other evidence that would violate it, especially when there is good reason to leave such evidence to be dealt with in accordance with the flexible principles provided either at common law or by the *Charter*. Parenthetically, I should add, the foregoing approach to the interpretation of the Act is wholly consistent with that taken in the recent cases of *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

The approach to ss. 17 and 20(2) of the *Combines Investigation Act* has obvious implications for the constitutional status of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5). Section 20(2) is, in fact, no more than a recapitulation of s. 5 in the specific context of anti-combines legislation. The adoption of an absolute rule that testimonial immunity must in all cases extend to derivative evidence would almost certainly entail striking down s. 5 of the *Canada Evidence Act*, as well as the virtually identical sections found in provincial legislation. Given that s. 5 has been a part of our law since 1893, I would think this Court should be extremely cautious in bringing about this result. While I realize that the longevity of a statute cannot alone render it consistent with the principles of fundamental justice, it is nevertheless a factor that must be weighed very heavily in any attempt to decide what is required by those principles in particular areas of the law. This Court, we saw, has held that the principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system" (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503), and while I of course acknowledge that "the basic tenets of our legal system" are not coextensive with past legislative decisions as to the proper balance between individual rights and collective law enforcement goals, it must surely be conceded that a statutory provision which is almost one hundred years old and which lies at the very heart of the procedures by which we establish guilt and

de la preuve soit abordée de façon plus souple et plus fondée sur le contexte que la Constitution américaine; ainsi, il n'existe pas aux États-Unis de disposition équivalente au par. 24(2) de la *Charte*. Je ne crois pas que notre Cour doive s'efforcer d'interpréter une loi, qui traite seulement de l'inadmissibilité de certains éléments de preuve pour éviter que la *Charte* soit violée, comme si elle autorisait l'admissibilité d'autres éléments de preuve qui la violeraient, surtout lorsqu'il y a une bonne raison de laisser les principes souples de la common law ou de la *Charte* régir ces éléments. Je devrais ajouter en passant que cette façon d'interpréter la Loi est tout à fait conforme à celle retenue dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

La façon d'interpréter l'art. 17 et le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a une incidence évidente sur le statut constitutionnel de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5). Le paragraphe 20(2) ne fait rien de plus que répéter l'art. 5 dans le contexte particulier des lois anticoalitions. L'adoption d'une règle absolue portant que l'immunité testimoniale doit dans tous les cas s'étendre à la preuve dérivée entraînerait presque certainement l'abrogation de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que des articles quasi identiques que l'on trouve dans les lois provinciales. Puisque l'art. 5 fait partie de notre droit depuis 1893, je pense que notre Cour devrait être extrêmement prudente avant de proposer ce résultat. Bien que je réalise que la longévité d'une loi ne peut à elle seule la rendre conforme aux principes de justice fondamentale, c'est malgré tout un facteur auquel il faut accorder une très grande importance pour décider ce qu'exigent ces principes dans des domaines particuliers du droit. Nous avons vu que la Cour a conclu que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique» (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503), et bien que je sache pertinemment que «les préceptes fondamentaux de notre système juridique» ne correspondent pas toujours aux décisions législatives antérieures concernant l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les objectifs collectifs recherchés dans l'application des lois,

innocence in criminal proceedings has long been regarded as consonant with "the basic tenets of our legal system". Similar considerations, of course, apply if one considers the issue in terms of a "fair hearing" under s. 11(d) of the *Charter*, rather than under s. 7.

Before going on, I think it may be useful to pinpoint once again the precise nature of the remaining *Charter* problems relating to oral evidence taken under s. 17 of the Act. For reasons I have given, I do not think objection can properly be made to the taking of the oral evidence under that provision. Moreover, since such evidence is relevant, no objection can be made to its use in prosecutions against the corporation or against individuals other than the witness, or to the use of relevant derivative evidence. The witness's oral evidence cannot, of course, be used against him or her. Section 20(2) so provides and I have no doubt that this would, in any event, be the case either under s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. It is thus the fact that no provision is made against the subsequent use of derivative evidence against the witness which, arguably, renders s. 17 in conjunction with s. 20(2) invalid as offending against the principles of fundamental justice. As I hope to make clear, however, the issues relating to derivative evidence are complex and obscure and do not easily lend themselves to global solutions. Accordingly, there may well be wisdom in Parliament's not dealing expressly with derivative evidence either in s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* or in s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

I turn then to a closer examination of self-incrimination through derivative evidence.

Derivative Evidence and Self-Incrimination

There are serious grounds on which objection can be raised to an absolute rule that testimonial

il faut certainement reconnaître qu'une disposition législative presque centenaire qui est capitale dans les procédures par lesquelles nous nous prononçons sur la culpabilité et l'innocence en matière criminelle a longtemps été jugée conforme aux «préceptes fondamentaux de notre système juridique». Des considérations semblables s'appliquent évidemment si on considère la question sur le plan du «procès équitable» en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* plutôt qu'en vertu de l'art. 7.

Avant d'aller plus loin, je pense qu'il peut être utile de préciser encore une fois la nature exacte des autres problèmes de *Charte* qui se posent à l'égard du témoignage oral recueilli en vertu de l'art. 17 de la Loi. Pour les raisons que j'ai exposées, je ne crois pas que l'on puisse valablement s'opposer au témoignage oral recueilli en vertu de cette disposition. En outre, puisque cet élément de preuve est pertinent, on ne peut s'opposer à son utilisation dans des poursuites intentées contre la société ou des particuliers autres que le témoin, ou à l'utilisation de la preuve dérivée pertinente. La déposition orale d'un témoin ne peut évidemment être utilisée contre lui. Le paragraphe 20(2) le prévoit et je suis certain qu'il en serait de même de toute façon en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*. C'est donc l'absence de disposition contre l'utilisation ultérieure d'une preuve dérivée contre le témoin qui, pourrait-on prétendre, fait que l'art. 17, conjugué avec le par. 20(2), est invalide parce que contraire aux principes de justice fondamentale. Mais comme je souhaite l'expliquer, les questions relatives à la preuve dérivée sont complexes et obscures et ne se prêtent pas facilement à des solutions globales. Par conséquent, il se peut que le Parlement ait fait preuve de sagesse en ne traitant pas expressément de la preuve dérivée au par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Je vais donc examiner plus attentivement la question de l'auto-incrimination par la preuve dérivée.

La preuve dérivée et l'auto-incrimination

Il existe des motifs sérieux de s'opposer à une règle absolue selon laquelle l'immunité testimo-

immunity must always extend to evidence derived from compelled testimony. While allowing the Crown to use such evidence in criminal proceedings may in a formal sense be equivalent to permitting direct reliance on the compelled testimony itself, there is an important difference between the type of prejudice that will be suffered in the two cases. It is only when the testimony itself has to be relied on that the accused can be said to have been forced to actually create self-incriminatory evidence in his or her own trial. The compelled testimony is evidence that simply would not have existed independently of the exercise of the power to compel it; it is in this sense evidence that could have been obtained only from the accused.

By contrast, evidence derived from compelled testimony is, by definition, evidence that existed independently of the compelled testimony. This follows logically from the fact that it was evidence which was found, identified or understood as a result of the "clues" provided by the compelled testimony. Although such evidence may have gone undetected or unappreciated in the absence of the compelled clues, going undetected or unappreciated is not the same thing as non-existence. The mere fact that the derivative evidence existed independently of the compelled testimony means that it could have been found by some other means, however low the probability of such discovery may have been.

For the moment, I leave aside cases in which this probability is so low as to make the exercise of the power to compel testimony the only way in which a particular piece of derivative evidence would, as a practical matter, have been found. In such cases, it might well be said that the reliance of the Crown on derivative evidence would be virtually indistinguishable from its reliance on the actual compelled testimony. In both, the accused will have been convicted or otherwise prejudiced by evidence that only he or she could have provided. But in other cases, the difference between evidence which the accused has been forced to create (the compelled testimony), and the independently existing evidence he or she has been forced to assist in locating, identifying or explain-

niale doit toujours s'étendre à la preuve dérivée d'un témoignage forcé. Bien que permettre à la poursuite d'utiliser cette preuve dans des procédures criminelles puisse, à strictement parler, revenir à lui permettre de s'appuyer directement sur le témoignage forcé lui-même, il y a une différence importante entre le type de préjudice subi dans les deux cas. Ce n'est que lorsqu'il faut s'appuyer sur le témoignage lui-même que l'on peut dire que l'accusé a été forcé de créer véritablement une preuve incriminante à son propre procès. Le témoignage forcé constitue une preuve qui n'aurait tout simplement pas existé sans l'exercice du pouvoir de contraindre la personne à témoigner; en ce sens, c'est une preuve qui aurait pu être obtenue seulement de l'accusé.

Par contre, la preuve dérivée d'un témoignage forcé est, par définition, une preuve qui existe indépendamment du témoignage forcé. Cela découle logiquement du fait qu'il s'agit d'une preuve découverte, identifiée ou saisie grâce aux «indices» procurés par le témoignage forcé. Même si une telle preuve aurait pu passer inaperçue ou être ignorée en l'absence des indices obtenus par contrainte, le fait de passer inaperçu ou d'être ignoré est différent de l'inexistence. Le simple fait que la preuve dérivée ait existé indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu être découverte par d'autres moyens, aussi faible qu'ait pu être la probabilité de cette découverte.

Pour l'instant, je ne traiterai pas des cas où cette probabilité est tellement faible qu'elle fait de l'exercice du pouvoir de contraindre à témoigner le seul moyen de découvrir à toutes fins utiles un élément particulier de preuve dérivée. Dans ces cas, on pourrait fort bien affirmer qu'il serait pratiquement impossible de dire si la poursuite s'appuie sur la preuve dérivée ou si elle s'appuie sur le témoignage effectivement obtenu par contrainte. Dans les deux cas, l'accusé aura été déclaré coupable ou aura par ailleurs subi un préjudice à cause de la preuve que lui seul aurait pu fournir. Mais dans les autres cas, il sera facile de distinguer la preuve que l'accusé a été obligé de créer (le témoignage forcé) et la preuve qui existe indépendamment et qu'il a été forcé d'aider à

ing (evidence derived from compelled testimony), will be readily discernable. I believe its significance will be equally apparent.

The fact that derivative evidence exists independently of the compelled testimony means, as I have explained, that it could also have been discovered independently of any reliance on the compelled testimony. It also means that its quality as evidence does not depend on its past connection with the compelled testimony. Its relevance to the issues with which the subsequent trial is concerned, as well as the weight it is accorded by the trier of fact, are matters that can be determined independently of any consideration of its connection with the testimony of the accused. If it were otherwise, it would not in fact be derivative evidence at all, but part of the actual testimony itself. Taken together, these aspects of derivative evidence indicate that it is self-sufficient, in the sense that its status and quality as evidence is not dependent on its relation to the testimony used to find it. In this regard, the very phrase "derivative evidence" is somewhat misleading.

Seen from this light, it becomes apparent that those parts of derivative evidence which are incriminatory are only self-incriminatory by virtue of the circumstances of their discovery in a particular case. They differ in this respect from incriminatory portions of the compelled testimony itself, which are by definition self-incriminatory, since testimony is a form of evidence necessarily unique to the party who gives it.

I would think that this, without more, raises doubts as to whether we should be as wary of prosecutorial use of derivative evidence as we undoubtedly must be of such use of pre-trial testimonial evidence. What prejudice can an accused be said to suffer from being forced to confront evidence "derived" from his or her compelled testimony, if that accused would have had to confront it even if the power to compel testimony had not been used against him or her? I do not think it can be said that the use of such evidence would be equivalent to forcing the accused to speak against himself or herself; once the derivative evidence is

situer, à identifier ou à expliquer (la preuve dérivée du témoignage forcé). J'estime que son importance sera tout aussi évidente.

Comme je l'ai expliqué, le fait que la preuve dérivée existe indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu également être découverte sans qu'on s'appuie sur ce témoignage forcé. Cela signifie également que sa qualité en tant que preuve ne dépend pas de son lien antérieur avec le témoignage forcé. Sa pertinence quant aux questions soulevées dans le procès ultérieur, ainsi que l'importance que lui accorde le juge des faits, sont des questions qui peuvent être tranchées indépendamment de toute considération de son lien avec le témoignage de l'accusé. S'il en était autrement, il ne s'agirait aucunement d'une preuve dérivée mais d'une preuve qui fait partie du témoignage réel lui-même. Pris ensemble, ces aspects de la preuve dérivée indiquent qu'elle est suffisante en elle-même, en ce sens que son statut et sa qualité en tant que preuve ne dépendent pas de son lien avec le témoignage utilisé pour la découvrir. À cet égard, l'expression même [TRANSDUCTION] «preuve dérivée» est quelque peu trompeuse.

Dans cette perspective, il devient clair que les éléments incriminants de la preuve dérivée sont auto-incriminants seulement en raison des circonstances entourant leur découverte dans une affaire particulière. Ils diffèrent à cet égard des portions incriminantes du témoignage forcé lui-même qui sont par définition auto-incriminantes puisque le témoignage est une forme de preuve nécessairement unique à l'égard de son auteur.

Il me semble que ce fait en lui seul soulève des doutes quant à savoir si nous devrions autant nous préoccuper de l'utilisation par la poursuite de la preuve dérivée que nous devons évidemment le faire de l'utilisation de la preuve testimoniale préalable au procès. Quel préjudice peut subir un accusé forcé de faire face à une preuve «dérivée» de son témoignage obtenu par contrainte, à laquelle il aurait dû faire face même si on n'avait pas exercé le pouvoir de le contraindre à témoigner? Je ne crois pas que l'utilisation de cette preuve reviendrait à forcer l'accusé à s'incriminer; une fois la preuve dérivée découverte ou identifiée, sa perti-

found or identified, its relevance and probative weight speak for themselves. The fact that such evidence was found through the evidence of the accused in no way strengthens the bearing that it, taken by itself, can have upon the questions before the trier of fact. In this respect, if reference to its origins was not precluded by an immunity such as that presently found in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, it would in most cases be precluded by simple irrelevance.

My confidence in the above characterization of derivative evidence is strengthened by the decisions of this Court respecting s. 24(2) of the *Charter*. I realize, of course, that the question under s. 24(2) is whether evidence should be excluded because it was obtained through a breach of the *Charter*, whereas the question in the present appeal is whether the use of a particular type of evidence would constitute a breach of *Charter* rights. Nevertheless, I think an analogy to the s. 24(2) jurisprudence can validly be drawn. We are not in this case concerned with the interpretation of one of the specific legal rights set out in ss. 8 to 14 of the *Charter*. The power to compel testimony granted in s. 17 of the *Combines Investigation Act* can only be found invalid if we find that the subsequent use of evidence derived from compelled testimony is not "in accordance with the principles of fundamental justice". Surely the views of this Court as to whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would "bring the administration of justice into disrepute" are relevant to a determination of the scope of evidential immunity required by the "principles of fundamental justice". Like my colleague L'Heureux-Dubé J., I find it difficult to imagine how the use of evidence which does not bring the administration of justice into disrepute can at the same time be contrary to the principles of fundamental justice. The consequence of the former finding is, in effect, to declare that the *Charter* breach by which evidence was obtained was non-prejudicial, and in a sense nominal. To argue that the same reasoning cannot be used to determine whether the use of derivative evidence constitutes a breach of the rights guaranteed under s. 7 would be to take an unduly formalistic approach to the interpretation of the *Charter*. As I mentioned earlier, the discus-

nence et sa valeur probante sont manifestes. Le fait que cette preuve ait été découverte grâce au témoignage de l'accusé ne renforce aucunement l'incidence qu'elle peut avoir en soi sur les questions dont est saisi le juge des faits. À cet égard, si la mention de son origine n'était pas écartée par une immunité comme celle qui existe actuellement à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle le serait dans la plupart des cas parce que tout simplement non pertinente.

Ma façon de qualifier ainsi la preuve dérivée est confirmée par les arrêts que notre Cour a rendus au sujet du par. 24(2) de la *Charte*. Je réalise évidemment que la question soulevée par le par. 24(2) est de savoir si la preuve devrait être écartée parce qu'elle a été obtenue en violation de la *Charte*, alors que la question soulevée en l'espèce est de savoir si l'utilisation d'un type particulier de preuve constituerait une violation des droits garantis par la *Charte*. Quoi qu'il en soit, j'estime valable une analogie avec la jurisprudence établie en vertu du par. 24(2). Le présent pourvoi ne porte pas sur l'interprétation d'une garantie juridique précise énoncée aux art. 8 à 14 de la *Charte*. Le pouvoir de contraindre une personne à témoigner que confère l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne peut être déclaré invalide que si nous concluons que l'utilisation ultérieure de la preuve dérivée du témoignage ainsi obtenu n'est pas «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Les opinions exprimées par notre Cour sur la question de savoir si l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de la *Charte* est susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice» sont certainement pertinentes pour déterminer la portée de l'immunité testimoniale exigée par les «principes de justice fondamentale». À l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, j'imagine difficilement comment l'utilisation d'une preuve qui ne déconsidère pas l'administration de la justice peut en même temps être contraire aux principes de justice fondamentale. Dans le premier cas, c'est dire en fait que la violation de la *Charte* qui a permis d'obtenir la preuve n'a causé aucun préjudice et qu'elle était jusqu'à un certain point négligeable. Prétendre que le même raisonnement ne peut être utilisé pour déterminer si l'utilisation d'une preuve dérivée constitue une violation des

sion might equally be framed in terms of the right to a fair trial under s. 11(d) with similar results, a matter to which I shall return.

The leading case on s. 24(2) is *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. There, Lamer J., at p. 284, drew a distinction between real and self-incriminating evidence, and stated that the admission of the former would rarely bring the administration of justice into disrepute. This was because it could not be said to have been created by the *Charter* violation by which it was obtained. Its subsequent use would not, therefore, affect the fairness of the trial of the accused. The situation was different in cases where, after the violation, "the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him". In those cases:

The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. He did not merely say that the admission of real evidence would generally not affect the fairness of the trial of the accused; he said, at p. 284, that it would not generally affect the fairness of the trial because it "existed irrespective of the violation of the *Charter*" (emphasis added). Similarly, in reference to confessions "or other evidence emanating" from the accused, he noted that "it did not exist prior to the violation" (emphasis added). I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. In other words, he had in mind the kind of distinction which I have attempted to draw between compelled testimony and evidence derived from compelled testimony. This raises a

droits garantis en vertu de l'art. 7 reviendrait à adopter une interprétation beaucoup trop formaliste de la *Charte*. Comme je l'ai déjà souligné, l'analyse peut également se faire en fonction du droit à un procès équitable en vertu de l'al. 11d) avec les mêmes résultats, une question sur laquelle je reviendrai.

L'arrêt de principe concernant le par. 24(2) est l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. À la page 284, le juge Lamer y établit une distinction entre une preuve matérielle et une preuve incriminante et affirme que l'utilisation de la première serait rarement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et ce, parce qu'on ne pourrait affirmer que son existence est due à une violation de la *Charte*. Son utilisation ultérieure ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'accusé. La situation est différente dans les cas où, à la suite d'une violation, «l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui». Dans ces cas:

Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. Il n'a pas simplement affirmé que l'utilisation d'une preuve matérielle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du procès de l'accusé; il a affirmé, à la p. 284, qu'elle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du procès parce qu'elle «existe indépendamment de la violation de la *Charte*» (je souligne). De même, en ce qui concerne les confessions «ou d'autres preuves émanant» de l'accusé, il a souligné qu'elles «n'existaient pas avant la violation» (je souligne). Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. En d'autres termes, il avait à l'esprit le genre de distinction que j'ai tenté d'établir entre un témoignage forcé et une preuve déri-

question of crucial importance in understanding the *Collins* line of cases and their relevance to a determination of the scope of testimonial immunity required by the principles of fundamental justice; why is the prior existence of evidence regarded as relevant to the fairness of the trial in which it is introduced?

There can be only one answer to this question. A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the accused is necessarily enhanced as a result of the breach. This is the very kind of prejudice that the right against self-incrimination, as well as rights such as that to counsel, are intended to prevent. In contrast, where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected. In such circumstances, it would be the exclusion rather than the admission of evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

Such an understanding of the rationale for the presumption in favour of the admission of real evidence in s. 24(2) cases has recently been made explicit in this Court. In *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, a case in which a person eventually charged with murder assisted the police in distinguishing the knife which was used to commit the murder from a number of identical kitchen knives, Wilson J. supported her reliance on *R. v. Collins* by saying, at p. 164:

... the knife itself is real evidence which existed whether or not the police breached the appellant's s. 10(b) rights and used her to assist in the preparation of the case against her. It did not come into existence as a result of the participation of the accused although the police obtained it as a result of such participation. I have little

vée de ce témoignage. Cela soulève une question d'importance capitale pour ce qui est de saisir le courant de jurisprudence découlant de l'arrêt *Collins* et sa pertinence pour déterminer l'étendue de l'immunité testimoniale requise par les principes de justice fondamentale; pourquoi l'existence antérieure d'une preuve est-elle considérée pertinente à l'égard de l'équité du procès dans lequel elle est produite?

Il ne peut y avoir qu'une réponse à cette question. Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. C'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer ainsi que les droits comme celui à l'assistance d'un avocat visent à prévenir. Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion plutôt que l'utilisation de la preuve qui déconsidérerait l'administration de la justice.

Notre Cour a récemment explicité la raison d'être de cette présomption en faveur de l'utilisation d'une preuve matérielle dans les arrêts rendus en vertu du par. 24(2). Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, une affaire dans laquelle une personne finalement accusée de meurtre avait aidé les policiers à identifier parmi plusieurs couteaux de cuisine identiques celui qui avait servi à commettre le meurtre, le juge Wilson s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Collins* en disant, à la p. 164:

... le couteau lui-même est un élément de preuve matérielle qui existait peu importe que les policiers aient violé ou non les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et se soient servis d'elle pour préparer la preuve contre elle. Cet élément de preuve n'a pas vu le jour par suite de la participation de l'accusée, bien que la police l'ait obtenu

doubt that the police would have conducted a search of the appellant's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife. [Emphasis added.]

At page 165, she added:

Given Lamer J.'s comments [in *Collins*] and the fact that the knife would undoubtedly have been uncovered by the police in the absence of the *Charter* breach and the conscription of the appellant against herself, I do not think that the administration of justice would have been brought into disrepute by the admission of the knife. [Emphasis added.]

I see no reason why a similar approach should not be taken in respect of testimonial immunity. As I earlier noted, the fundamental difference between testimonial and derivative evidence is that the latter, because of its independent existence, could have been found independently of the compelled testimony. Leaving aside the question of whether the mere possibility that derivative evidence could have been found without the compelled testimony is a sufficient basis on which to conclude that its use will not affect the fairness of the trial in which it is used (in *R. v. Black*, Wilson J. found that the knife "would undoubtedly have been uncovered"), I would stress that this is a characteristic of derivative evidence generally, regardless of whether or not it is real evidence. While it is perhaps self-evident that real evidence will always be evidence that exists independently of the testimony that reveals its location or relevance, it must be remembered that the same thing can be said of all derivative evidence. It is evidence distinct from the compelled testimony which is found as a result of the investigation of "clue facts" found in that testimony; see *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), at pp. 727-44 (*per* Lambert J.A. (dissenting)). Most significantly, the testimony of third parties obtained as a result of the pursuit of such clue facts is clearly evidence that exists regardless of whether or not the person who provided the clue facts was compelled to give testimony. As much as the murder weapon or the stolen car, it is evidence that could have been found in the absence of any assistance, compelled or otherwise, from the

à cause de cette participation. Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau. [Je souligne.]

À la page 165, elle ajoute:

Compte tenu de ces observations du juge Lamer [dans l'arrêt *Collins*] et du fait que le couteau aurait certainement été découvert par la police sans qu'il y ait violation de la *Charte* et sans conscription de l'appelante contre elle-même, je ne crois pas que l'utilisation du couteau en preuve aurait déconsidéré l'administration de la justice. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi on ne devrait pas adopter une interprétation semblable en ce qui concerne l'immunité testimoniale. Comme je l'ai déjà souligné, la différence fondamentale entre la preuve testimoniale et la preuve dérivée est que cette dernière, en raison de son existence indépendante, aurait pu être découverte indépendamment du témoignage forcé. Sans me prononcer sur la question de savoir si la simple possibilité qu'une preuve dérivée ait pu être découverte sans le témoignage forcé est un motif suffisant pour conclure que son utilisation ne portera pas atteinte à l'équité du procès dans lequel elle sera utilisée (dans l'arrêt *R. c. Black*, le juge Wilson a conclu que le couteau «aurait certainement été découvert»), je soulignerais qu'il s'agit d'une caractéristique de la preuve dérivée en général, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une preuve matérielle. Bien qu'il puisse être évident en soi que la preuve matérielle sera toujours une preuve qui existe indépendamment du témoignage qui en révèle le lieu ou la pertinence, il faut se rappeler qu'on peut dire la même chose en ce qui concerne toute preuve dérivée. Il s'agit d'une preuve distincte du témoignage forcé, qui est découverte par suite de l'enquête sur les [TRADUCTION] «indices» contenus dans ce témoignage; voir l'arrêt *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), aux pp. 727 à 744 (le juge Lambert (dissident)). De façon plus significative, le témoignage de tiers obtenu par suite de la recherche de tels indices constitue clairement une preuve qui existe sans égard à la question de savoir si la personne qui a fourni les indices était contrainte de témoigner. Tout comme l'arme du meurtre ou la

person subsequently charged. I do not see why this factor should be relevant to the admissibility of the murder weapon under s. 24(2), but irrelevant to the admissibility of the third party's testimony under the same section, or to the admissibility of either piece of evidence under s. 7 or s. 11(d).

The one qualification that must be made to the above has to do with the difference between independently existing evidence that could have been found without compelled testimony, and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. As I have acknowledged at several points in these reasons, there will be situations where derivative evidence is so concealed or inaccessible as to be virtually undiscoverable without the assistance of the wrongdoer. For practical purposes, the subsequent use of such evidence would be indistinguishable from the subsequent use of the pre-trial compelled testimony. In both cases, it can be said that the accused is being forced to answer a case that he or she was forced to make stronger than it would otherwise have been. In the context of s. 24(2), this is no doubt why Wilson J. laid such stress in *R. v. Black* on her finding that the murder weapon "would undoubtedly have been uncovered by the police in the absence of the Charter breach" (p. 165). It probably also explains why Lamer J., speaking for a majority of the Court in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, was so emphatic in making it clear that the admissibility of evidence under s. 24(2) ultimately depended, not on its nature as real or testimonial evidence, but on whether or not it could only have been found with the compelled assistance of the accused. At page 16, he states:

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

voiture volée, il s'agit d'une preuve qui aurait pu être découverte en l'absence de toute aide, obtenue par contrainte ou autrement, de la personne accusée ultérieurement. Je ne vois pas pourquoi ce facteur devrait être pertinent quant à l'admissibilité de l'arme du crime en vertu du par. 24(2), mais non pertinent quant à l'admissibilité du témoignage du tiers en vertu du même article ou quant à l'admissibilité de l'un ou l'autre des éléments de preuve en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d).

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. Dans les deux cas, on peut affirmer que l'accusé est obligé de réfuter une thèse qu'il a été obligé de rendre plus solide qu'elle l'aurait été par ailleurs. Dans le contexte du par. 24(2), c'est certainement la raison pour laquelle le juge Wilson a tellement insisté dans l'arrêt *R. c. Black* sur sa conclusion que l'arme du crime «aurait certainement été découvert[e] par la police sans qu'il y ait violation de la Charte» (p. 165). C'est probablement aussi la raison pour laquelle le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, a tellement insisté pour établir clairement que l'admissibilité d'une preuve en vertu du par. 24(2) dépend en dernière analyse non pas de sa nature de preuve matérielle ou testimoniale mais de la question de savoir si la preuve aurait pu être découverte seulement grâce à l'aide forcée de l'accusé. À la page 16, il affirme:

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

used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. [Emphasis added.]

The question therefore becomes: what scope of testimonial immunity is required by the principles of fundamental justice given that it is undeniable that in some unquantifiable proportion of cases both the testimony compelled and the evidence derived from it will be evidence the Crown would not otherwise have been able to obtain? I must say that it would seem overly broad to say that there must be an absolute prohibition against the use at trial of all evidence derived from testimony compelled before trial on the ground that the admission of such evidence can in some cases affect the fairness of the trial. We must remember that in defining the scope of the immunity required by the *Charter*, we are called upon to balance the individual's right against self-incrimination against the state's legitimate need for information about the commission of an offence.

Even in cases in which the state's need for information could be satisfied without a power to compel testimony, the exercise of such a power can be an important investigative technique. By compelling testimony from those it has reason to believe possess information about known or suspected wrongdoing, the state can focus its investigative efforts much more quickly and more precisely than may otherwise be possible. The community as a whole benefits as a result. Wrongdoers are identified and apprehended more swiftly, and the perceived effectiveness of law enforcement is thereby enhanced. This in turn increases the law's effectiveness as a deterrent to other possible wrongdoers. In addition, the ability of authorities to quickly focus their investigations means that the lives and activities of fewer people will be disrupted as a result of any particular investigation. Finally, the limited resources that society has to spend on law enforcement activity in general will

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

^b La question devient donc: quelle est la portée de l'immunité testimoniale requise par les principes de justice fondamentale, étant donné qu'il est incontestable que dans un nombre indéterminable de cas tant le témoignage forcé que la preuve dérivée de celui-ci constitueront une preuve que la poursuite n'aurait pu obtenir autrement? Je dois dire qu'il semblerait exagéré d'affirmer qu'il faut interdire de façon absolue l'utilisation au procès de toute preuve dérivée du témoignage obtenu par contrainte avant la tenue du procès pour le motif que l'utilisation de cette preuve peut dans certains cas porter atteinte à l'équité du procès. Nous devons nous rappeler que pour définir la portée de l'immunité requise par la *Charte*, nous devons établir un équilibre entre le droit du particulier de ne pas s'incriminer et le besoin légitime de l'État d'obtenir des renseignements concernant la perpétration d'une infraction.

Même dans les cas où l'on pourrait satisfaire à ce besoin de l'État sans pouvoir de contraindre une personne à témoigner, l'exercice de ce pouvoir peut constituer un moyen d'enquête important. En obligeant à témoigner ceux dont il a des motifs de croire qu'ils possèdent des renseignements relatifs à un méfait commis ou que l'on pense avoir été commis, l'État peut orienter ses efforts d'enquête beaucoup plus rapidement et plus précisément qu'il ne pourrait le faire autrement. La collectivité dans son ensemble en bénéficie. Les auteurs de méfaits sont identifiés et arrêtés plus rapidement et l'efficacité des mesures d'application de la loi est donc mieux perçue. Cette perception accroît à son tour l'efficacité de la loi comme moyen dissuasif à l'égard des autres auteurs possibles de méfaits. En outre, si les autorités peuvent orienter rapidement leurs enquêtes, la vie et les activités de moins de gens seront perturbées par suite d'une enquête particulière. Enfin, les ressources limitées

be utilized in a more cost-effective manner. This will mean the effective investigation of a greater proportion of offences which, again, can only enhance the law's potency as a deterrent to potential wrongdoers. I again refer to the special need for techniques of this kind in this area of the law.

All of these benefits of a power to compel testimony would either be lost or severely limited if the Constitution required that the legislative grant of any such power must be accompanied by a grant of full use and derivative use immunity. This is confirmed by the experience of the United States. Historically, the Fifth Amendment was interpreted as requiring full transaction immunity for those compelled to give testimony; see *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). This meant immunity from prosecution for any offence related to matters in respect of which testimony had been compelled. It also meant that in many contexts, the state could only obtain information about wrongdoing by depriving itself of the power to prosecute those most responsible for its commission. Such an imbalance between the rights of the individual and the law enforcement interest of the state underlay the retreat to use and derivative use immunity in *Kastigar v. United States*, *supra*.

But as some commentators have pointed out, the practical effect of conferring derivative use immunity is in many cases virtually indistinguishable from the conferral of immunity from prosecution; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 72. That is because it is in many cases extremely difficult for the prosecution to prove that the evidence it seeks to introduce against an accused who has been compelled to testify is not in fact derived from that testimony. It must be remembered that it would not be enough for the Crown to prove simply that

que la société consacre à l'application de la loi en général seront utilisées d'une façon plus rentable. Cela signifie qu'un plus grand nombre d'infractions feront l'objet d'une enquête efficace ce qui, encore une fois, ne peut qu'accroître l'efficacité de la loi comme moyen dissuasif à l'égard des auteurs possibles de méfaits. Je mentionne encore le besoin particulier de techniques de ce genre dans ce domaine du droit.

Tous ces avantages que confère le pouvoir d'ordonner à une personne de témoigner seraient soit perdus soit considérablement restreints si la Constitution exigeait qu'un tel pouvoir conféré par le législateur soit accompagné d'une immunité totale contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée. L'expérience américaine le confirme. Historiquement, on avait considéré que le Cinquième amendement exigeait l'immunité totale à l'égard d'une affaire donnée pour ceux qui étaient contraints de témoigner; voir l'arrêt *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). Cela voulait dire une immunité contre une poursuite pour toute infraction se rapportant aux questions à l'égard desquelles le témoignage avait été obtenu par contrainte. Ce qui voulait également dire que dans plusieurs contextes l'État ne pouvait obtenir des renseignements au sujet d'un méfait qu'en se départissant lui-même du pouvoir de poursuivre ceux qui en étaient les plus grands responsables. Un tel déséquilibre entre les droits du particulier et les intérêts qu'a l'État dans l'application de la loi est à l'origine du repli vers l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée dans l'arrêt *Kastigar v. United States*, précité.

Mais comme certains commentateurs l'ont souligné, en pratique, l'attribution de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut quasiment pas être distinguée, dans plusieurs cas, de l'attribution de l'immunité contre toute poursuite; voir M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), à la p. 72. Cela s'explique parce que dans plusieurs cas il est extrêmement difficile pour la poursuite d'établir que la preuve qu'elle cherche à produire contre un accusé qui a été contraint de témoigner ne constitue pas en fait une preuve dérivée de ce témoignage. Il faut se rappeler qu'il ne suffirait

the evidence could have been obtained independently of their testimony; that would not preclude actual reliance on the leads found in the compelled testimony. Instead, it must be proved that the evidence was in fact found independently of the compelled testimony. In the wake of an even relatively complex investigation where many different and reinforcing leads and mere hunches have played a part in guiding the investigators, what could possibly constitute such proof? The prosecution would in effect have to fall back on an attempt to furnish proof that the evidence in question could not have been derived from the compelled testimony. But in any case where there was a need for even moderately extensive use of the power to compel testimony, there will be little evidence that can be so clearly segregated from the evidence given in testimony.

In short, a general requirement of derivative use immunity would mean that in many cases the use of the power to compel testimony would furnish wrongdoers with the type of "immunity baths" that were characteristic of the transaction immunity formerly available in the United States; see Berger, *op. cit.*, at pp. 68 and 70. Law enforcement authorities would be faced with the choice of either securing information quickly at the risk of jeopardizing subsequent prosecutions, or conducting more protracted and widely cast investigations. Either way, the advantages the community currently enjoys from the power to compel testimony would be severely restricted. While I accept that this price must be paid where the use of evidence derived from compelled testimony would undermine the fairness of a person's trial, I cannot accept that it should also have to be paid where the use of the derivative evidence would not have that effect. I refer again to the remarks in *R. v. Lyons* and *R. v. Beare* to the effect that what the *Charter* guarantees the accused is a fair trial, not the most favourable procedure imaginable, and that fairness involves the weighing of the public interest in the equation. I note that the absolutist position the courts in the United States have adopted in this area is undoubtedly rooted in the

pas que la poursuite établisse simplement qu'elle aurait pu obtenir la preuve sans le témoignage; cela ne l'empêcherait pas de s'appuyer réellement sur les indices décelés dans le témoignage forcé. Il faut plutôt établir que la preuve a effectivement été découverte indépendamment du témoignage forcé. À la suite d'une enquête même relativement complexe où plusieurs indices différents et concordants et de simples intuitions ont pu guider les enquêteurs, qu'est-ce qui peut constituer une telle preuve? La poursuite devrait effectivement s'en remettre à tenter d'établir que la preuve en question ne pouvait être dérivée du témoignage forcé. Mais dans les cas où il était nécessaire de faire appel à l'exercice, même modérément poussé, du pouvoir de contraindre une personne à témoigner, il y aura peu d'éléments de preuve qui pourront être si clairement séparés du témoignage.

En résumé, l'existence d'une condition générale d'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée signifierait que dans plusieurs cas l'exercice du pouvoir de contraindre une personne à témoigner conférerait aux auteurs de méfaits le genre de [TRADUCTION] «sphère d'immunité» qui caractérisait l'immunité à l'égard d'une affaire donnée reconnue antérieurement aux États-Unis; voir Berger, *op. cit.*, aux pp. 68 et 70. Les responsables de l'application de la loi auraient le choix soit d'obtenir rapidement des renseignements au risque de compromettre des poursuites ultérieures soit de mener des enquêtes plus longues et très détaillées. D'une façon comme de l'autre, les avantages que tire actuellement la collectivité du pouvoir de contraindre une personne à témoigner seraient considérablement restreints. Bien que j'accepte que ce soit le prix à payer lorsque l'utilisation de la preuve dérivée d'un témoignage forcé compromettrait l'équité du procès d'une personne, je refuse de payer ce prix lorsque l'utilisation de la preuve dérivée n'aurait pas cet effet. Je mentionne encore les observations, dans les arrêts *R. c. Lyons* et *R. c. Beare*, selon lesquelles la *Charte* garantit à l'accusé un procès équitable et non les procédures les plus avantageuses que l'on puisse imaginer, et que l'équité exige de tenir compte de l'intérêt public. Je souligne que la thèse absolue retenue par les tribunaux américains dans ce domaine tire sans doute son origine du droit explicite et apparemment

explicit and seemingly absolute right against self-incrimination found in that country's Constitution.

A Flexible Approach

In this country, where the question of immunity falls to be determined under the principles of fundamental justice, I think we can achieve a more flexible balance between the interests of the individual and that of the state. In a case like this, where the statute does not provide for the evidence to be admitted, there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted. Until that happens, there is no violation of the principles of fundamental justice and no denial of a fair trial. Since the proper admission or rejection of derivative evidence does not admit of a general rule, a flexible mechanism must be found to deal with the issue contextually. That can only be done by the trial judge.

Such an approach can be traced to the common law. In *R. v. Corbett*, *supra*, dissenting on another point, I endeavoured to elaborate upon the broad lines of the flexible approach to ensuring a fair trial flowing from the fundamental postulates of the law of evidence which, at p. 714, I summarized as follows: "All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy" (emphasis added); see generally at pp. 713-15. Lamer J., on this point speaking for a unanimous Court, had expressed a similar view in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201. Over time, of course, many of the decisions made pursuant to this principle have become fixed rules.

In *R. v. Corbett*, *supra*, a majority of this Court held that this judicial discretion to exclude unduly prejudicial evidence could be applied in relation to evidence of convictions made admissible in evidence by s. 12 of the *Canada Evidence Act*; see in

absolu de ne pas s'incriminer qui se trouve dans la Constitution de ce pays.

Une méthode souple

^a Au Canada, la question de l'immunité doit être déterminée en fonction des principes de justice fondamentale et je pense que nous pouvons parvenir à établir un équilibre plus souple entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. Dans un cas comme celui-ci où la loi ne parle pas de la preuve qui doit être admise, il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise. À moins que cela ne se produise, il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale et l'accusé n'est pas privé d'un procès équitable. Puisque l'admission ou le rejet appropriés d'une preuve dérivée n'est pas régi par une règle générale, il faut trouver un mécanisme souple qui permette de traiter la question selon le contexte en présence. Seul le juge du procès peut le faire.

^e L'origine d'une telle méthode remonte à la common law. Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, dissident sur un autre point, j'ai entrepris de concevoir les grandes lignes d'une façon souple d'assurer un procès équitable à partir des préceptes fondamentaux du droit de la preuve que j'ai résumés de la façon suivante, à la p. 714: «Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe» (je souligne); voir en général les pp. 713 à 715. Sur ce point, le juge Lamer avait exprimé, au nom de la Cour à l'unanimité, une opinion semblable dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201. Évidemment, avec le temps, un bon nombre des décisions rendues en application de ce principe sont devenues des règles établies.

^j Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, les juges formant la majorité de notre Cour ont conclu que ce pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve qui cause un préjudice indu pouvait s'appliquer en matière de preuve de condamnations rendues

addition to my reasons (pp. 729-40), those of Dickson C.J. (Lamer J. concurring), at p. 697, and Beetz J., at p. 699. As I indicated in *R. v. Potvin*, *supra*, Dickson C.J. concurring, this discretion to exclude evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value is ultimately grounded in the trial judge's duty to ensure a fair trial. As I there explained, that is the view now accepted by the House of Lords; see *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. The requirement of a fair trial has in other areas moved the courts to reject evidence to ensure an accused a fair trial, though it would otherwise have been admissible; see *Lucier v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 28.

The fact that this discretion to exclude evidence is grounded in the right to a fair trial has obvious constitutional implications. The right of an accused to a fair hearing is constitutionalized by s. 11(d), a right that would in any event be protected under s. 7 as an aspect of the principles of fundamental justice (see *R. v. Corbett*, *per* Beetz J., at p. 699, and my reasons, at pp. 744-46; Dickson C.J. does not really comment on this issue). But this does not, any more than does the common law, prevent the admission in evidence of matters that are damaging to the accused as opposed to unfair. What it may do is to encourage the flexibility which some judges were (wrongly in my view) reluctant to exercise at common law; see in this context R. J. Delisle, "Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 706.

I see no reason why an approach like that in the now constitutionalized rule adopted in the case of prejudicial evidence should not be extended to derivative evidence which, like other prejudicial evidence within the rule, can only be dealt with having due regard to the need to balance the right of the accused and that of the public in a specific

admissibles en preuve par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*; en plus de mes motifs (pp. 729 à 740), voir ceux du juge en chef Dickson (à l'opinion duquel a souscrit le juge Lamer), à la p. 697, et ceux du juge Beetz, à la p. 699. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *R. c. Potvin*, précité, le juge en chef Dickson souscrivant à mes motifs, ce pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante tire son origine en fin de compte de la responsabilité du juge du procès d'assurer la tenue d'un procès équitable. Comme je l'ai expliqué dans cet arrêt, c'est l'opinion maintenant acceptée par la Chambre des lords; voir l'arrêt *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. Dans d'autres domaines, l'exigence d'un procès équitable a incité les tribunaux à rejeter une preuve afin d'assurer à l'accusé un procès équitable, même si cette preuve aurait été par ailleurs admissible; voir l'arrêt *Lucier c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 28.

Le fait que ce pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve tire son origine du droit à un procès équitable a une incidence évidente sur le plan constitutionnel. Le droit d'un accusé à un procès équitable est constitutionnalisé à l'al. 11d), lequel droit serait de toute façon protégé en vertu de l'art. 7 comme un aspect des principes de justice fondamentale (voir l'arrêt *R. c. Corbett*, le juge Beetz, à la p. 699, et mes motifs, aux pp. 744 à 746; le juge en chef Dickson ne fait pas vraiment d'observation sur cette question). Mais cela, pas plus que la common law, n'empêche l'utilisation d'éléments de preuve préjudiciables à l'accusé par opposition à des éléments injustes. Cela peut favoriser l'exercice d'une souplesse que certains juges hésitaient (à tort à mon avis) à exercer en common law; voir dans ce contexte R. J. Delisle, «Evidence—Judicial Discretion and Rules of Evidence—Canada Evidence Act, s. 12: *Corbett v. The Queen*» (1988), 67 *R. du B. can.* 706.

Je ne vois aucune raison pour laquelle une méthode comme celle que l'on trouve dans la règle, maintenant constitutionnalisée, qui est retenue dans le cas d'une preuve préjudiciable ne pourrait pas s'appliquer à la preuve dérivée qui ne peut être traitée, comme toute autre preuve préjudiciable relevant de la règle, qu'en tenant compte de la

context. In my view, derivative evidence that could not have been found or appreciated except as a result of the compelled testimony under the Act should in the exercise of the trial judge's discretion be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice. As will be evident from what I have stated earlier, I do not think such exclusion should take place if the evidence would otherwise have been found and its relevance understood. There is nothing unfair in admitting relevant evidence of this kind, a proposition consistent with the cases under s. 24(2) of the *Charter*. The touchstone for the exercise of the discretion is the fairness of the trial process.

In *R. v. Corbett*, too, I dealt with the manner in which the evidence of convictions should be dealt with in relation to a fair trial, in a passage that is clearly relevant to derivative evidence as well. I stated, at p. 745:

If the appellant's broader argument is based on the notion that, to ensure a fair trial and impartial jurors, evidence of the previous convictions of an accused should always, as a matter of law, be excluded because of their prejudicial effect and in spite of their probative value, I cannot agree. It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. To accept the appellant's argument would be to ignore those considerations.

In my view, the recognition of a discretion to exclude evidence when its probative value is overshadowed by prejudicial effect ensures that the legitimate interests of both the public and the accused are taken into account. Justice and fairness demand no less and expect no more.

I should add that the Chief Justice took a similar approach, though he was more strongly disposed

nécessité d'établir un équilibre entre le droit de l'accusé et celui du public dans un contexte particulier. À mon avis, la preuve dérivée qui serait passée inaperçue ou qui aurait été ignorée, n'eût été du témoignage obtenu par contrainte en vertu de la Loi, devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale. Comme il ressort de ce que j'ai dit auparavant, je ne crois pas que cette exclusion devrait avoir lieu si la preuve avait pu être découverte et si sa pertinence avait pu être saisie autrement. Il n'est aucunement injuste d'utiliser une preuve pertinente de ce genre, ce qui est conforme aux arrêts rendus en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La pierre de touche de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est l'équité du processus judiciaire.

Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, j'ai aussi traité de la manière dont la preuve des condamnations devrait être traitée relativement à un procès équitable, dans un passage qui est également tout à fait pertinent quant à la preuve dérivée. Voici ce que j'affirme, à la p. 745:

Si l'argument plus général de l'appelant repose sur la notion selon laquelle, pour garantir un procès équitable et l'impartialité des jurés, la preuve des condamnations antérieures d'un accusé doit toujours, sur le plan du droit, être exclue en raison de son effet préjudiciable et en dépit de sa valeur probante, je ne puis l'accepter. Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. Retenir l'argument de l'appelant reviendrait à faire abstraction de ces considérations.

Selon moi, la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve lorsque sa valeur probante est éclipsée par son effet préjudiciable assure la prise en considération des intérêts légitimes tant du public que de l'accusé. La justice et l'équité n'exigent rien de moins et ne prévoient rien de plus.

Je devrais ajouter que le Juge en chef a adopté un point de vue semblable, bien qu'il ait été plus

towards the admission of relevant evidence in that specific context. The precise balance that should apply is one, of course, that will require development over time.

It is neither necessary nor advisable in this appeal to attempt a more extensive elaboration of the more flexible approach to derivative evidence I have suggested. It suffices to say that however prejudicial particular instances of derivative evidence may be in other law enforcement contexts, the instances where such evidence could be said to be prejudicial to those who are compelled to testify under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, and are later charged with an offence under the Act, are likely to be somewhat rare. It must be remembered that the Director has other means of investigation and research available to him. The section itself permits the Director and the Commission to order the production of business documents which may reveal much of the information obtained through the testimony. Again, the Director and the Commission have the power to obtain oral evidence from others. It would ill comport with the principles of fundamental justice if the courts were required to reject evidence simply because one witness gave the evidence before it was given by another, or it was otherwise discovered by an investigation that would undoubtedly have been carried out in any event—any more than its admission would be regarded as bringing the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*. The one thing the power to compel testimony will never allow anti-combines investigators to use as evidence, however, is information they could not otherwise have uncovered.

It may, of course, be argued that the matter should be left for Parliament to deal with. I do not agree. I suspect that the best course Parliament could adopt in achieving a proper balance between the rights of the accused and the public in this area would be to accord the trial judge a discretion of the kind described. I see no reason why a court charged with the duty of ensuring a fair trial

enclin à admettre une preuve pertinente dans ce contexte particulier. L'équilibre précis auquel il faudrait parvenir devra évidemment être raffiné avec le temps.

^a Il n'est ni nécessaire ni souhaitable dans ce pourvoi de tenter d'élaborer davantage la façon plus souple dont j'ai proposé d'aborder la preuve dérivée. Il suffit de dire qu'aussi préjudiciables que ^b puissent être certains cas particuliers de preuve dérivée dans d'autres contextes d'application de la loi, les cas où on pourrait dire que cette preuve cause un préjudice à ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et qui sont accusés ^c ultérieurement d'une infraction en vertu de la Loi risquent d'être plutôt rares. Il faut se rappeler que le directeur peut utiliser d'autres modes d'enquête ^d et de recherche. L'article lui-même permet au directeur et à la Commission d'ordonner la production de documents de nature commerciale qui peuvent contenir la plupart des renseignements obtenus par le témoignage. Encore une fois, le ^e directeur et la Commission ont le pouvoir de contraindre d'autres personnes à témoigner oralement. Il ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale que les tribunaux soient tenus ^f d'écarter une preuve simplement parce qu'un témoin l'aurait divulguée avant un autre ou parce qu'elle aurait été découverte d'une autre manière au cours d'une enquête qui aurait certainement été tenue de toute façon—pas plus que son utilisation ^g ne serait perçue comme susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La seule chose que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne permettra cependant jamais aux enquêteurs en ^h matière de coalitions d'utiliser comme preuve, ce sont les renseignements qu'ils n'auraient pu découvrir autrement.

ⁱ On pourrait cependant prétendre qu'on devrait laisser au Parlement le soin de traiter cette question. Je ne suis pas d'accord. J'ai des raisons de croire que le meilleur moyen que pourrait adopter le Parlement pour réaliser l'équilibre approprié ^j entre les droits de l'accusé et ceux du public dans ce domaine serait d'accorder au juge du procès un pouvoir discrétionnaire du genre décrit précédem-

consistently with the principles of fundamental justice should have need to await the enactment of a statute to discharge this responsibility, especially when the bulk of the law of evidence was judicially created in the first place. I note that the Ontario Court of Appeal has held that s. 7 of the *Charter* gives the court a residual discretion to relax the rules of evidence in certain limited circumstances to ensure that an accused is given a fair trial; see *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113. Had the judges in the past considered that the admission of derivative evidence would in certain circumstances “tend to render the trial process unfair” (see *R. v. Ross, supra*, at p. 16), they would have rejected the evidence as prejudicial or unfair; that is how the law of evidence developed. It would seem odd if judges, who are now the guardians of the Constitution, were to flinch at excluding such evidence in those situations where its admission would make the trial process unfair. The law of evidence, like other laws, must be adapted where need be to conform to constitutional imperatives. The alternative of declaring void a provision that otherwise passes muster under the principles of fundamental justice seems excessive. Especially is this so when its counterparts under s. 5 of the *Canada Evidence Act* and equivalent provincial provisions have formed part of the very fabric of the general law of evidence for nearly one hundred years.

Conclusion

I conclude, then, that the use of derivative evidence derived from the use of the s. 17 power in subsequent trials for offences under the Act does not automatically affect the fairness of those trials. It follows that complete immunity against such use is not required by the principles of fundamental justice. The immunity against use of actual testimony provided by s. 20(2) of the Act together with the judge’s power to exclude derivative evidence where appropriate is all that is necessary to satisfy the requirements of the *Charter*.

Je ne vois aucune raison pour laquelle un tribunal, dont la responsabilité est d’assurer un procès équitable conformément aux principes de justice fondamentale, devrait attendre l’adoption d’une loi pour s’acquitter de son obligation, surtout lorsque la majeure partie du droit de la preuve a, au départ, été conçue par les tribunaux. Je souligne que la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’art. 7 de la *Charte* confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire résiduel d’assouplir les règles de preuve dans certaines circonstances restreintes afin d’assurer que l’accusé bénéficie d’un procès équitable; voir les arrêts *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 63 C.R. (3d) 113. Si autrefois les juges avaient considéré que l’utilisation d’une preuve dérivée était dans certaines circonstances «susceptible de rendre le procès inéquitable» (voir l’arrêt *R. c. Ross*, précité, à la p. 16), ils auraient rejeté la preuve en disant qu’elle était préjudiciable ou injuste; c’est ainsi que le droit de la preuve a évolué. Il serait étrange que les juges qui sont maintenant les gardiens de la Constitution hésitent à écarter cette preuve dans les situations où son utilisation rendrait le procès inéquitable. Le droit de la preuve, comme les autres domaines du droit, doit s’adapter lorsqu’il est nécessaire de se conformer aux impératifs constitutionnels. L’autre solution, qui consiste à invalider une disposition par ailleurs valable en vertu des principes de justice fondamentale, paraît excessive. Surtout lorsque la disposition correspondante de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et les dispositions provinciales équivalentes constituent la trame même des règles générales du droit de la preuve depuis près de cent ans.

Conclusion

Je conclus alors que l’utilisation d’une preuve dérivée, obtenue par l’exercice du pouvoir de l’art. 17, dans des procès ultérieurs relativement à des infractions à la Loi ne porte pas automatiquement atteinte à l’équité de ces procès. Il s’ensuit que l’immunité totale contre cette utilisation n’est pas requise par les principes de justice fondamentale. L’immunité prévue par le par. 20(2) de la Loi contre l’utilisation du témoignage effectivement donné, de concert avec le pouvoir qu’a le juge d’écarter la preuve dérivée lorsque cela est indiqué, suffit pour respecter les exigences de la *Charte*.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs throughout. I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The appellants launched a constitutional attack upon s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"), in the early stages of an investigation into the activities of appellant Thomson Newspapers Ltd. They contend that a compulsion to testify and to produce corporate documents violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I state at the outset that, in my view, this contention oversteps the legitimate boundaries of constitutional protection envisaged under these provisions.

Before examining the arguments relative to the constitutionality of s. 17, I find it necessary to briefly review the nature and purpose of the legislation under attack.

I. The Combines Investigation Act

Legislation relative to the control of anti-competitive conduct has had a long and eventful history in Canada. This history is recounted in great detail by Dickson J. (now Chief Justice) in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at pp. 250-55. In that case, Dickson J. agreed with the views which had been expressed by Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 namely, that when considered as a whole, the Act could properly be supported under the federal trade and commerce power (pp. 735-36). In the recent decision of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, this view was unanimously upheld by this Court and there is no question today that the Act constitutes a valid exercise of federal trade and commerce power.

While anti-combines legislation may have given rise to different constitutional characterizations throughout the years, this Court has always found

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Les appelants ont contesté la constitutionnalité de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (la «Loi»), dès le début d'une enquête sur les activités de l'appelante Thomson Newspapers Ltd. Ils soutiennent que la contrainte à témoigner et à produire des documents de la société viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je dis dès maintenant qu'à mon avis cette prétention dépasse les bornes légitimes de la protection constitutionnelle envisagée par ces dispositions.

Avant d'analyser les arguments relatifs à la constitutionnalité de l'art. 17, j'estime qu'il est nécessaire d'examiner brièvement la nature et l'objet de la législation contestée.

I. La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Au Canada, les lois relatives au contrôle des pratiques qui nuisent à la concurrence ont une histoire longue et mouvementée. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) en a fait l'historique détaillé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, aux pp. 250 à 255. Dans cet arrêt, le juge Dickson s'est dit d'accord avec l'opinion du juge Martin parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 selon laquelle la Loi, dans son ensemble, peut relever de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce (pp. 735 et 736). Dans l'arrêt récent *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, notre Cour a confirmé à l'unanimité ce point de vue, de sorte qu'il n'y a pas de doute maintenant que la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce.

Même si les dispositions législatives interdisant les coalitions peuvent avoir donné lieu à diverses qualifications constitutionnelles au cours des

the legislation's underlying rationale to be the eradication of practices that inhibit free competition. As early as 1912, in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, commenting on s. 498 of the then *Criminal Code*, Idington J. emphatically stated: "Destroy competition and you remove the force by which humanity has reached so far" (p. 28). In *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276, Mignault J. found that the same provision was designed to prevent "[i]njury to the public by the hindering or suppressing of free competition" (p. 280). Duff C.J. referred to s. 498 in *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147, and stated (at p. 152):

The enactment before us, I have no doubt, was passed for the protection of the specific public interest in free competition.

These views were reiterated by Taschereau J. in *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, who went so far as to state that the "public is entitled to the benefit of *free competition*" (emphasis in original, p. 407). The wording of s. 498 of the *Criminal Code*, considered in the above cases, was "in all essentials the same" as that of s. 32(1) of the Act: see *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731, at pp. 744-46. Recently, in *General Motors, supra*, the Chief Justice referred to the purpose of the Act in the following terms (at p. 676):

From this overview of the *Combines Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition. In my view, these three components, elucidation of prohibited conduct, creation of an investigatory procedure, and the establishment of a remedial mechanism, constitute a well-integrated scheme of regulation designed to dis-

années, notre Cour a toujours affirmé que la raison d'être fondamentale de ces dispositions était de supprimer les pratiques contraires à la libre concurrence. Dès 1912, dans l'arrêt *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1, le juge Idington, affirmait catégoriquement, au sujet de ce qui était alors l'art. 498 du *Code criminel*: [TRADUCTION] «Éliminez la concurrence et vous annihilerez la force qui a permis à l'humanité d'en arriver là où elle en est aujourd'hui» (p. 28). Dans l'arrêt *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] R.C.S. 276, le juge Mignault a conclu que la même disposition visait à prévenir [TRADUCTION] «[l]e tort causé au public par la diminution ou la suppression de la libre concurrence» (p. 280). Le juge en chef Duff mentionne l'art. 498 dans l'arrêt *Container Materials, Ltd. v. The King*, [1942] R.C.S. 147, et dit (à la p. 152):

[TRADUCTION] Le texte de loi qui nous est soumis a été, sans l'ombre d'un doute, édicté pour protéger l'intérêt public précis vis-à-vis de la libre concurrence.

Le juge Taschereau a réitéré le même point de vue dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, allant même jusqu'à dire que [TRADUCTION] «le public a droit au bénéfice de la *libre concurrence*» (en italique dans l'original, p. 407). Les termes de l'art. 498 du *Code criminel* visé dans les arrêts susmentionnés étaient, «pour l'essentiel, les mêmes» que ceux du par. 32(1) de la Loi: voir *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731, aux p. 744 à 746. Récemment, dans l'arrêt *General Motors*, précité, le Juge en chef disait ceci au sujet de l'objet de la Loi (à la p. 676):

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. À mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation

courage forms of commercial behaviour viewed as detrimental to Canada and the Canadian economy.

The Chief Justice also remarked (at p. 682):

In sum, the *Combines Investigation Act* is a complex scheme of competition regulation aimed at improving the economic welfare of the nation as a whole. It operates under a regulatory agency. It is designed to control an aspect of the economy that must be regulated nationally if it is to be successfully regulated at all. As Linden J. of the Ontario High Court of Justice said, when discussing the Act in *R. v. Hoffmann-La Roche*, *supra*, at p. 191:

It is part of a legislative scheme aimed at deterring a wide range of unfair competitive practices that affect trade and commerce generally across Canada, and is not limited to a single industry, commodity or area. The conduct being prohibited is generally of national and of international scope. The presence or absence of healthy competition may affect the welfare of the economy of the entire nation. It is, therefore, within the sphere of the federal Parliament to seek to regulate such competition in the interest of all Canadians.

I am therefore of the view that the *Combines Investigation Act* as a whole is *intra vires* Parliament as legislation in relation to general trade and commerce . . .

Section 17 forms part of the administrative machinery which was established in order to promote the Act's purpose. The Restrictive Trade Practices Commission's (the "Commission") investigative and reporting duties have been fully considered in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at pp. 193-205, and there is no need to add anything to what was said there in this respect.

I now propose to consider the main question: does s. 17 of the Act infringe ss. 7 or 8 of the *Charter*?

II. Constitutionality of Section 17 of the Act

For the sake of convenience, I reproduce hereunder the text of s. 17 of the Act:

bien intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne.

a Le Juge en chef fait aussi observer (à la p. 682):

En résumé, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est un système complexe de réglementation de la concurrence qui vise à accroître le bien-être économique du pays dans son ensemble. La Loi est appliquée par un organisme de réglementation. Elle est conçue pour surveiller un aspect de l'économie qui doit être réglementé à l'échelle nationale si l'on veut que cet aspect soit réglementé efficacement. Comme l'a affirmé le juge Linden de la Haute Cour de justice de l'Ontario en analysant la Loi dans la décision *R. v. Hoffmann-La Roche*, précitée, à la p. 191:

[TRADUCTION] [Elle] fait partie d'un régime législatif visant à empêcher toute une variété de pratiques déloyales en matière de concurrence qui touchent les échanges et le commerce en général dans tout le Canada et qui ne se limitent pas à une seule industrie, denrée ou région. En règle générale, la conduite interdite a une portée à la fois nationale et internationale. L'économie de tout le pays peut se ressentir de la présence ou de l'absence d'une saine concurrence. Il est donc de la compétence du Parlement fédéral de tenter de réglementer la concurrence dans l'intérêt de tous les Canadiens.

f Je suis donc d'avis que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans son ensemble est conforme à la compétence du Parlement à titre de loi relative aux échanges et au commerce en général . . .

L'article 17 fait partie des rouages administratifs établis pour promouvoir l'objet de la Loi. Les fonctions d'enquête et de rapport de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la «Commission») ont fait l'objet d'un examen complet dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, aux pp. 193 à 205, et il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce qui y est dit à ce sujet.

i J'analyserai maintenant la question principale: l'article 17 de la Loi viole-t-il l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte*?

II. La constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi

j Pour plus de commodité, je cite ici le texte de l'art. 17 de la Loi:

17. (1) On *ex parte* application to the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

(2) Any person summoned under subsection (1) is competent and may be compelled to give evidence as a witness.

(3) A member of the Commission shall not exercise power to penalize any person pursuant to this Act, whether for contempt or otherwise, unless, on the application of the member, a judge of the Federal Court of Canada or of a superior or county court has certified, as such judge may, that the power may be exercised in the matter disclosed in the application, and the member has given to such person twenty-four hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge deems reasonable.

(4) Any books, papers, records or other documents produced voluntarily or in pursuance of an order under subsection (1) shall within thirty days thereafter be delivered to the Director, who is thereafter responsible for their custody, and within sixty days after the receipt of such books, papers, records or other documents by him the Director shall deliver the original or a copy thereof to the person from whom such books, papers, records or other documents were received.

(5) A justice before whom any thing seized pursuant to a search warrant issued with reference to an offence against this Act is brought may, on the application of the Director, order that such thing be delivered to the Director, and the Director shall deal with any thing so delivered to him as if delivery of it had been made to him pursuant to subsection (4).

(6) Every person summoned to attend pursuant to this section is entitled to the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before a superior court of the province in which he is summoned to attend.

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.

(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

(4) Tous les livres, pièces, archives ou autres documents produits volontairement ou en conformité d'une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe (1) doivent, dans les trente jours, être livrés au directeur, lequel, par la suite, sera responsable de leur garde et devra, dans les soixante jours après les avoir reçus, en remettre l'original ou une copie à la personne de qui ils ont été reçus.

(5) Un juge de paix devant qui est produite une chose saisie en conformité d'un mandat de perquisition décerné à l'égard d'une infraction à la présente loi, peut, sur requête du directeur, ordonner que cette chose soit livrée au directeur, et ce dernier doit disposer de toute chose qui lui est ainsi livrée comme si la livraison de la chose en question lui avait été faite selon le paragraphe (4).

(6) Toute personne assignée en conformité du présent article a droit aux mêmes honoraires et allocations pour ce faire que si elle avait été assignée à comparaître devant une cour supérieure de la province où elle est ainsi assignée.

(7) The Minister may issue commissions to take evidence in another country, and may make all proper orders for the purpose and for the return and use of evidence so obtained.

(8) Orders to witnesses issued pursuant to this section shall be signed by a member of the Commission.

I pause to note at this juncture that s. 17 comes into play at the investigative stage of the process. At this stage, the Commission is embarked on a fact-finding inquiry. In the most usual case, a complaint alleging conduct contrary to the Act has been filed with the Commission and the purpose of the inquiry is to consider whether "evidence exists" to substantiate the allegation. To this end, s. 17(2) empowers the Commission to summon a person "to give evidence as a witness" (emphasis added). No individual is charged and the inquiry is not a trial. The provisions allowing the Commission to communicate its findings to the Minister and the eventual possibility of sanctions, administrative or penal, only come into play at a later stage. In commissions of inquiry such as a coroner's inquest (*Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9), a commission of inquiry into organized crime (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152) and a commission of inquiry into criminal acts allegedly committed by the R.C.M.P. (*Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218), individuals compelled to testify were treated as "witnesses" by this Court, even though, as a result of their testimony, the "witnesses" might possibly have been exposed to subsequent criminal charges. In my opinion, the status of the individuals subject to an order under s. 17 of the Act is similar to the status of a witness appearing before a commission of inquiry. There is no "accused" nor any "suspect". In ordinary parlance, whether someone is a "suspect" refers to the existence of grounds to believe that the individual has engaged in forbidden activities. In the context of an order under s. 17, there are no such grounds, but mere allegations. The possibility of subsequent proceedings does not transform these allegations into formal accusations. Accordingly, whether the allegations relate to the witness or not, the result is

(7) Le Ministre peut décerner des commissions en vue de recueillir des témoignages dans un autre pays, et il peut rendre toutes ordonnances appropriées à cette fin et pour le renvoi et l'utilisation des témoignages ainsi obtenus.

(8) Les ordonnances aux témoins décernées en conformité du présent article doivent être signées par un membre de la Commission.

J'ouvre une parenthèse pour faire remarquer que l'art. 17 entre en jeu dans le processus à l'étape de l'enquête. À cette étape, la Commission procède à une enquête pour établir les faits. Dans la plupart des cas, quelqu'un a déposé une plainte auprès de la Commission alléguant une conduite contraire à la Loi et l'enquête vise à déterminer «s'il existe des éléments de preuve» à l'appui de cette allégation. À cette fin, le par. 17(2) habilite la Commission à assigner une personne à comparaître pour qu'elle «rend[e] témoignage» (je souligne.) Personne n'est accusé et l'enquête n'est pas un procès. Les dispositions qui permettent à la Commission de faire part de ses conclusions au Ministre et l'imposition éventuelle de sanctions administratives ou pénales n'entrent en jeu qu'à une étape ultérieure. Dans le cas de commissions d'enquête comme une enquête du coroner (*Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9), une enquête sur le crime organisé (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152) et une enquête sur les actes criminels imputés à la GRC (*Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218), notre Cour a considéré les personnes contraintes à témoigner comme des «témoins», même si leur témoignage, en cette qualité, les exposait par la suite à des inculpations d'actes criminels. À mon avis, la situation d'une personne visée par une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi est semblable à celle d'un témoin qui dépose devant une commission d'enquête. Il n'y a ni accusé, ni suspect. Dans le langage courant, on dit que quelqu'un est un «suspect» quand il existe des motifs de croire qu'il a exercé des activités prohibées. Dans le cadre d'une ordonnance fondée sur l'art. 17, il n'y a pas de tels motifs, mais seulement des allégations. La possibilité de poursuites ultérieures ne transforme pas ces allégations en accusations officielles. Aussi, peu importe que les allégations aient trait au témoin ou

the same: an individual subject to an order under s. 17 is more properly characterized as a witness.

Against this background, I will now turn to the constitutional validity of s. 17. That provision, it will be noted, contains two aspects which are at the heart of the present appeal. It requires the individual named in the order to “be examined upon oath” as well as to “make production of books, papers, records or other documents”. It will accordingly be useful to examine the constitutionality of each of these aspects separately.

Does the Requirement to Testify Violate Section 7 or Section 8 of the Charter?

Though both ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked to attack the constitutionality of s. 17 of the Act, s. 8 does not in my view come into play at this stage. This provision states:

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

To hold that an order to testify constitutes a “seizure”, presumably a “seizure” of one’s thoughts, would be to stretch that word beyond any meaning. I agree with F. Chevette, “Protection Upon Arrest or Detention and Against Retroactive Penal Law”, in Beaudoin and Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 387, when he states, at p. 390:

One might possibly consider a physical specimen a “thing”, but admissions, confessions or ordinary conversations are clearly not “things” At first glance, then, the language of section 8 appears to suggest that the guarantee it contains applies only to the procurement of “tangible things”.

In *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, this Court decided that confidential information could not be the object of theft under the *Criminal Code*. Although certain issues of policy specific to the *Criminal Code* underlie the conclusion reached in that case, Lamer J. added in *obiter* that information *per se* could not be the object of a “taking” (at p. 979):

. . . property must be capable of being taken or converted in a manner that results in the deprivation of the

non, le résultat reste le même: il convient mieux de qualifier de témoin une personne visée par une ordonnance rendue en vertu de l’art. 17.

^a Dans ce contexte, je vais maintenant examiner la constitutionnalité de l’art. 17. Il y a lieu de noter que cette disposition comporte deux aspects qui sont au cœur du présent pourvoi. Elle exige que la personne nommée dans l’ordonnance soit «interrogée sous serment» et qu’elle «produise [...] des livres, documents, archives ou autres pièces». Il sera donc utile d’examiner séparément la constitutionnalité de chacun de ces aspects.

^c *L’obligation de témoigner viole-t-elle l’art. 7 ou l’art. 8 de la Charte?*

^d Bien qu’on invoque l’art. 7 et l’art. 8 de la *Charte* pour contester la constitutionnalité de l’art. 17 de la Loi, j’estime que l’art. 8 n’entre pas en jeu à cette étape-ci. Cet article est ainsi rédigé:

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

^e Conclure qu’une ordonnance de témoigner constitue une «saisie», probablement une «saisie» de la pensée de quelqu’un, reviendrait à donner à ce terme un sens qu’il n’a absolument pas. Je partage l’avis exprimé par F. Chevette, dans «La protection lors de l’arrestation, la détention et la protection contre l’incrimination rétroactive», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 441, lorsqu’il affirme à la p. 445:

^g On peut à la limite considérer qu’un prélèvement physique est une «chose», mais l’aveu, la confession ou la simple conversation d’une personne n’en sont certainement pas. [...] De prime abord, le texte même de l’article 8 paraît donc suggérer que la garantie qu’il établit ne vise que l’obtention de «choses tangibles».

ⁱ Dans l’arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, notre Cour a statué que les renseignements confidentiels ne peuvent faire l’objet d’un vol au sens du *Code criminel*. Bien que certaines questions de principe particulières au *Code criminel* sous-tendent la conclusion de cet arrêt, le juge Lamer a ajouté, à titre d’*obiter*, que des renseignements ne peuvent en soi être «pris» (à la p. 979):

^j . . . un bien doit pouvoir être pris ou détourné d’une manière qui entraîne une privation pour la victime. Les

victim. Tangible things present no difficulty in this regard, as it is easy to conceive how they can be both taken and converted. On the other hand, pure intangibles, as they have no physical existence, can obviously only be converted, not taken. The "taking" of an intangible could only occur where such intangible is embodied in a tangible object, for example a cheque, a share certificate or a list containing information. However, that would not result in the taking of the intangible *per se*, but rather of the physical object evidencing it. [Emphasis added.]

These considerations apply to all intangibles, including oral evidence. Wilson J. finds that a "seizure" under s. 8 means "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 493). Even on this basis, in my view, testimonial compulsion does not involve the "taking of a thing" for the purpose of s. 8.

Turning now to s. 7 of the *Charter*, it provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

As far as s. 7 is concerned, I agree with my colleague Wilson J. that it is necessary to ascertain the values which that provision was designed to protect and that the purposive approach best achieves this end. I also agree that this fundamental requirement of *Charter* methodology should not be circumvented by the mechanical application of one of the traditional rules of statutory interpretation. However, once the values have been identified, these rules might still be available in later stages of the analysis. For example, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court relied in part on the rule *inclusio unius est exclusio alterius* and in part on the literal meaning rule in interpreting the word "person" in s. 7 (pp. 1003-4). In this sense, I do not think that the rules of interpretation which have guided the courts to this day have been set aside and can no longer play any role in interpreting the *Charter*. Subject to these remarks, I am prepared to accept Wilson J.'s conclusion that the

choses tangibles ne présentent aucune difficulté à cet égard, car on conçoit facilement qu'elles puissent être prises et détournées. Les choses purement intangibles, par contre, comme elles n'ont pas d'existence matérielle, ne peuvent évidemment faire l'objet que d'un détournement; elles ne peuvent être prises. La «prise» d'une chose intangible ne peut se produire que lorsque cette chose fait corps avec un objet tangible, par exemple un chèque, un certificat d'actions ou une liste contenant des renseignements. Toutefois, il ne s'agirait pas alors de la prise de la chose intangible elle-même, mais plutôt de l'objet matériel qui en constate l'existence. [Je souligne.]

Ces considérations s'appliquent à toutes les choses intangibles, y compris les dépositions orales. Le juge Wilson conclut qu'une «saisie» au sens de l'art. 8 signifie «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 493). Même selon cette définition la contrainte à témoigner ne comporte pas, à mon avis, «la prise d'une chose» pour les fins de l'art. 8.

Abordons maintenant l'art. 7 de la *Charte*, qui énonce:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Pour ce qui est de l'art. 7, je suis d'accord avec ma collègue le juge Wilson pour dire qu'il est nécessaire de vérifier les valeurs que cette disposition est destinée à protéger et qu'une interprétation fondée sur l'objet visé est la plus indiquée pour réaliser cette fin. Je conviens également qu'une application automatique des règles traditionnelles d'interprétation des lois ne doit pas servir à contourner cette exigence fondamentale de la méthode d'interprétation de la *Charte*. Cependant, une fois ces valeurs identifiées, il serait encore possible d'avoir recours à ces règles à une étape ultérieure de l'analyse. Par exemple, dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour s'est fondée en partie sur la règle *inclusio unius est exclusio alterius* et en partie sur la règle de l'interprétation littérale pour déterminer le sens du mot «personne» qui figure à l'art. 7 (pp. 1003 et 1004). Dans ce sens, je ne crois pas que les règles d'interprétation qui ont guidé les tribunaux jusqu'à ce jour aient été écar-

specific enumerations in ss. 11(c) and 13 do not prevent residual content from being given to s. 7.

At the outset, it must be stressed here that all of the appellants do not stand in an identical position with respect to the *Charter*. One major difference stems from the fact that the appellant Thomson Newspapers Ltd. is a corporation, while the other appellants are its executive vice-president, treasurer and controller. Another important difference comes from the purpose of the inquiry, which is to investigate into the activities of the appellant corporation. The activities of the individual appellants are beyond the scope of the inquiry in the present instance. As clearly stated in the orders issued by the Director:

Pursuant to section 8 of the Combines Investigation Act, the Director of Investigation and Research is continuing an inquiry relating to section 34(1)(c) of the said Act. The inquiry is concerned with determining whether evidence exists that Thomson Newspapers Limited and its subsidiary companies have committed an offence, at any time between January 1, 1976 and the present, contrary to section 34(1)(c) of the Combines Investigation Act in that they have engaged in a policy of selling advertising space in their special promotion supplement (SPS), extended coverage vehicle (ECV), or total market coverage (TMC) publications at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect. [Emphasis added.]

When the Commission investigates into the activities of a corporation (and it appears that this will generally be the case), it will always be necessary for the Commission to name an individual in the order to appear. Indeed, since the corporation is an artificial entity, it cannot itself give oral evidence, nor can it physically produce documentary evidence. This creates somewhat of an ambiguity when the individual in question is an employee or officer of the corporation: is the individual simultaneously acting as a representative of the corporation as well as in his or her personal capacity?

tées et qu'elles ne puissent plus servir à interpréter la *Charte*. Ceci dit, je suis prête à accepter la conclusion du juge Wilson selon laquelle les énumérations précises à l'al. 11c) et à l'art. 13 n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7.

Il importe de souligner dès le début que les appelants ne sont pas tous dans la même situation vis-à-vis de la *Charte*. Il y a une grande différence entre eux qui découle du fait que l'appelante Thomson Newspapers Ltd. est une personne morale alors que les autres appelants sont respectivement son vice-président directeur, son trésorier et son contrôleur. Une autre différence importante découle de l'objet de l'enquête, à savoir scruter les activités de la société appelante. Les actes des personnes physiques appelantes ne sont pas du ressort de l'enquête qui fait l'objet du présent pourvoi. Comme l'indiquent expressément les ordonnances du directeur:

[TRADUCTION] Conformément à l'article 8 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le directeur des enquêtes et recherches poursuit une enquête fondée sur l'al. 34(1)c) de cette loi. L'enquête vise à déterminer s'il existe des éléments de preuve établissant que Thomson Newspapers Limited et ses filiales ont commis une infraction à l'al. 34(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions entre le 1^{er} janvier 1976 et ce jour, en se livrant à une politique de vente de publicité dans leurs suppléments spéciaux de promotion, leurs publications à portée plus grande et leurs publications visant la totalité du marché, à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. [Je souligne.]

Quand elle procède à une enquête sur les activités d'une société commerciale (et il semble que ce soit généralement le cas), il est toujours nécessaire que la Commission nomme une personne physique dans l'ordonnance de comparution. En effet, puisqu'une société est une entité artificielle, elle ne peut ni témoigner, ni produire une preuve documentaire. Il en résulte une certaine ambiguïté quand la personne physique en question est un employé ou un administrateur de la société: la personne physique agit-elle à la fois à titre de représentante de la société et à titre personnel? En

Accordingly, it will be necessary to consider each of these alternatives in discussing the constitutionality of s. 17 of the Act.

With respect to corporations, this Court indicated that, even where they were assumed to be "persons charged with an offence", which is not the case under s. 17, corporations are not, by their very nature, capable of suffering the type of indignities prohibited by the guarantee against self-incrimination embodied in s. 11(c) of the *Charter* (*R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 40-41). To the extent that, though not "person[s] charged with an offence", corporations seek to find residual protection under s. 7, they would just as well be incapable of suffering these underlying indignities. This could suffice to dispose of this aspect of the question at hand but, in my view, there is a more compelling reason. This Court decided in *Irwin Toy, supra*, that corporations cannot claim the protection of s. 7 because they are, on principle, excluded from the ambit of that constitutional guarantee. The Court stated (at p. 1004):

That is, read as a whole, it appears to us that this section [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

Thus, to the extent that the individual appellants act as representatives of the corporation, s. 7 is no more applicable. Indeed, to allow the individuals acting in such a representative capacity to invoke *Charter* protection under s. 7 would be to grant the corporation rights which it cannot enjoy. In my opinion, the appellant corporation cannot be allowed to circumvent indirectly what *Irwin Toy, supra*, prevents it from doing directly.

Turning now to witnesses *qua* individuals rather than *qua* representatives of the corporation, I am

conséquence, il sera nécessaire d'examiner chacune de ces deux possibilités en analysant la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi.

a Pour ce qui est des sociétés commerciales, notre Cour a déjà statué que, même quand elles sont considérées comme «inculpées», ce qui n'est pas le cas à l'art. 17, elles ne peuvent, en raison de leur nature même, subir le genre d'affront qu'interdit la garantie contre l'auto-incrimination offerte par l'al. 11c) de la *Charte* (*R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 40 et 41). Même si elles ne sont pas «inculpées», dans la mesure où elles cherchent une protection résiduelle en vertu de l'art. 7, les sociétés commerciales sont tout aussi incapables de subir ces affronts sous-jacents. Cela pourrait suffire à régler cet aspect de la question, mais à mon avis il existe un motif plus convaincant. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a statué que les personnes morales ne peuvent réclamer la protection de l'art. 7 parce qu'en principe elles sont exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle. La Cour écrit (à la p. 1004):

e En effet, il nous semble que, pris globalement, cet article [l'art. 7] avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains.

Donc, dans la mesure où les personnes physiques appelantes agissent comme représentantes de la société, l'art. 7 ne s'applique pas davantage. En réalité, permettre aux personnes physiques qui agissent en qualité de représentantes d'une société d'invoquer la protection conférée par l'art. 7 de la *Charte* reviendrait à accorder à cette société des droits dont elle ne peut bénéficier. À mon avis, on ne peut permettre à la société appelante de faire indirectement ce que l'arrêt *Irwin Toy*, précité, lui interdit de faire directement.

j Quant aux personnes qui témoignent à titre personnel plutôt qu'à titre de représentantes de la

prepared to accept that, as found by Wilson J., an order given under s. 17 of the Act may be construed as constituting a deprivation of liberty such as to bring the order under the scrutiny of s. 7. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 402, the Court dealt with the validity of the *Identification of Criminals Act* which compels attendance of certain persons to a police station for the purpose of taking fingerprints. For a unanimous Court, La Forest J. noted that such compulsion sufficed to bring the *Identification of Criminals Act* within the reach of s. 7. The Act's compulsion to appear at a specific time and place to testify subject to legal consequences for failure to comply constitutes, one could think, just as much of a deprivation of "life, liberty and security of the person". The whole question then becomes whether this deprivation is effected in accordance with "fundamental justice", as prescribed by s. 7.

In this respect, it is important to recall the wording of s. 20(2) of the Act since this provision affords witnesses testifying under s. 17 an immunity against the subsequent use of their testimony:

20. ...

(2) No person shall be excused from attending and giving evidence and producing books, papers, records or other documents, in obedience to the order of a member of the Commission, on the ground that the oral evidence or documents required of him may tend to criminate him or subject him to any proceeding or penalty, but no oral evidence so required shall be used or receivable against such person in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 121 of the *Criminal Code* for perjury in giving such evidence or a prosecution under section 124 of the *Criminal Code* in respect of such evidence.

Commenting on s. 20(2) in *Irvine, supra*, this Court remarked that this provision is "to the same purpose as s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10". Delivering the reasons of the Court, Estey J. added (at p. 201):

société commerciale, je suis prête à accepter que, comme le conclut le juge Wilson, une ordonnance fondée sur l'art. 17 de la Loi constitue une privation de liberté qui rend cette ordonnance sujette à un examen fondé sur l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 402, notre Cour a examiné la validité de la *Loi sur l'identification des criminels* qui contraint certaines personnes à se présenter à un poste de police pour faire prendre leurs empreintes digitales. Le juge La Forest a affirmé, au nom d'une Cour unanime, que cette contrainte suffit pour assujettir la *Loi sur l'identification des criminels* à l'art. 7. Le fait que la Loi contraint à comparaître à un moment et à un endroit précis pour témoigner, sous peine de sanctions légales en cas de refus d'obtempérer, constitue tout autant, pourrait-on croire, une privation du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [la] personne». Il reste alors à décider si cette privation est conforme aux principes de «justice fondamentale», comme l'exige l'art. 7.

À cet égard, il importe de se rappeler les termes du par. 20(2) de la Loi puisque cette disposition confère aux témoins qui déposent en vertu de l'art. 17 l'immunité contre l'utilisation subséquente de leur témoignage:

f 20. ...

(2) Nul n'est dispensé de comparaître et de rendre témoignage et de produire des livres, documents, archives ou autres pièces en conformité avec l'ordonnance d'un membre de la Commission, pour le motif que le témoignage verbal ou les documents requis de lui peuvent tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais nul témoignage oral ainsi exigé ne peut être utilisé ni n'est recevable contre cette personne dans toutes poursuites criminelles intentées par la suite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure en application de l'article 121 du *Code criminel* pour parjure dans le cadre de ce témoignage ou dans une poursuite en application de l'article 124 du *Code criminel* à l'égard de ce témoignage.

Discutant du par. 20(2), notre Cour a fait observer dans l'arrêt *Irvine*, précité, que cette disposition «vise le même objet que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10». Le juge Estey, qui a rédigé les motifs de la Cour, ajoute (à la p. 201):

This section goes a long way in protecting an individual should criminal proceedings subsequently be commenced.

Wilson J. finds that the protection offered by s. 20(2), the so-called “use immunity”, is insufficient because, according to her, s. 7 requires “derivative use immunity” as well. I take the expression “derivative evidence” used by my colleague to include all facts, events or objects whose existence is discovered as a result of a statement made to the authorities. Sopinka J., for his part, holds that s. 17, even with the protection of s. 20(2), infringes a so-called “right to remain silent”, which he finds is secured by s. 7. I must differ from both these propositions. With respect to the first, I am of the view that “fundamental justice” under s. 7 does not require a constitutional immunity over derivative evidence. With respect to the second, I am of the view that s. 7 does not afford witnesses any constitutional “right to remain silent”.

This Court has indicated that, when the constitutionality of a law enforcement measure is concerned, the “principles of fundamental justice” in s. 7 must be given a realistic interpretation which takes into account “the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field” (*Beare, supra*, at pp. 402-3). With this framework in mind, I propose to examine the propositions put forward by my colleagues, starting with the question of compellability and then turning to that of derivative use immunity.

1. Does Compellability Infringe Upon “Fundamental Justice”?

Historically, under the common law, an accused was never compellable at his trial, although the rule evolved from the prohibition to testify to the right to testify and finally the right not to testify (see *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763).

Witnesses, on the other hand were always compellable. There again, the common law rule evolved with the times. Prior to 1893, the general

Cette disposition protège nettement une personne dans le cas où des poursuites criminelles seraient engagées subséquemment.

a Le juge Wilson conclut que la protection offerte par le par. 20(2), surnommée «l'immunité contre l'utilisation de la preuve», est insuffisante parce que, selon elle, l'art. 7 exige aussi une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée». J'estime que l'expression «preuve dérivée» qu'utilise ma collègue comprend tous les faits, événements ou objets dont l'existence est découverte par suite de la déclaration faite aux autorités. Le juge Sopinka, quant à lui, conclut que l'art. 17, en dépit de la protection conférée par le par. 20(2), viole le «droit de garder le silence» qui, selon lui, est garanti par l'art. 7. Je ne puis souscrire à ni l'une ni l'autre de ces propositions. Quant à la première, je suis d'avis que la «justice fondamentale» au sens de l'art. 7 n'exige pas d'immunité constitutionnelle contre l'utilisation de la preuve dérivée. Quant à la seconde proposition, je suis d'avis que l'art. 7 ne confère aux témoins aucun droit constitutionnel «de garder le silence».

Notre Cour a déjà indiqué que, lorsqu'il s'agit d'une mesure destinée à faire respecter la loi, il faut donner aux «principes de justice fondamentale» visés à l'art. 7 une interprétation réaliste qui tienne compte des «principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (arrêt *Beare*, précité, à la p. 403). Gardant ce contexte à l'esprit, je vais maintenant examiner les propositions avancées par mes collègues, en commençant par la question de la contraignabilité pour ensuite passer à celle de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

1. La contraignabilité est-elle contraire à la «justice fondamentale»?

Historiquement, en common law, un accusé n'a jamais été un témoin contraignable à son propre procès, bien que la règle soit passée de l'interdiction de témoigner au droit de témoigner et enfin au droit de ne pas témoigner (voir *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763).

Les témoins, d'autre part, ont toujours été contraignables. Encore là, la règle de common law a progressé avec le temps. La règle générale en

rule is summarized in *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, at p. 607:

From these cases, to which others might be added, it results, in their Lordships' opinion, that the depositions on Oath of a Witness legally taken are evidence against him, should he be subsequently tried on a criminal charge, except so much of them as consist of answers to questions to which he has objected as tending to criminate him, but which he has been improperly compelled to answer. The exception depends upon the principle "*nemo tenetur seipsum accusare*", but does not apply to answers given without objection, which are to be deemed voluntary.

In *Coote*, incriminating answers given to a Fire Commissioner were held to be admissible in a subsequent trial on a charge of arson. It was not unusual for answers given unawares to be later used against the witness: see *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885, and *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909, for cases involving answers in bankruptcy proceedings.

In 1893, Parliament enacted *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 5 of which stated:

5. No person shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any other person: Provided, however, that no evidence so given shall be used or receivable in evidence against such person in any criminal proceeding thereafter instituted against him other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

This legislation abrogated the so-called common law "right to remain silent" of witnesses in face of incriminating statements, providing instead witnesses with protection against the use of such statements in subsequent proceedings. Later amendments (S.C. 1898, c. 53, and S.C. 1901, c. 36) did not alter the principle. In *Tass v. The King*, [1947] S.C.R. 103, at p. 105, Kerwin J. stated that "the matter seems quite clear that if the person testifying does not claim the exemption, the evidence so given may be later used against

vigueur avant 1893 est résumée dans l'arrêt *R. v. Coote* (1873), L.R. 4 P.C. 599, à la p. 607:

[TRADUCTION] De ces arrêts, auxquels on pourrait en ajouter d'autres, il s'ensuit, d'après leurs Seigneuries, que les déclarations d'un témoin, faites sous serment et recueillies légalement, sont admissibles en preuve contre lui s'il est par la suite inculpé d'une infraction criminelle, à l'exception des réponses aux questions auxquelles il a refusé de répondre, parce qu'elles tendraient à l'incriminer mais auxquelles il a été irrégulièrement contraint de fournir une réponse. Cette exception découle de la maxime "*nemo tenetur seipsum accusare*", mais elle ne couvre pas les réponses données sans objection, qui doivent être considérées comme volontaires.

Dans l'arrêt *Coote*, les réponses incriminantes données à un commissaire des incendies ont été jugées recevables lors d'un procès subséquent sur une accusation de crime d'incendie. Il n'était pas rare qu'on utilise plus tard contre un témoin des réponses qu'il avait données par mégarde: voir *R. v. Sloggett* (1856), Dears. 656, 169 E.R. 885, et *R. v. Scott* (1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909, au sujet de réponses données dans des procédures de faillite.

En 1893, le Parlement a adopté l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, dont l'art. 5 était ainsi conçu:

5. Personne ne sera exempté de répondre à aucune question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit; néanmoins, nul témoignage ainsi rendu ne pourra être utilisé ou ne sera admissible comme preuve contre cette personne dans aucune poursuite criminelle intentée ensuite contre elle, sauf dans une poursuite pour parjure commis en rendant ce témoignage.

Cette disposition législative abrogeait le «droit» que la common law reconnaissait aux témoins «de garder le silence» en présence de déclarations incriminantes et leur accordait plutôt une protection contre l'utilisation de ces déclarations dans des procédures subséquentes. Des modifications ultérieures (S.C. 1898, ch. 53, et S.C. 1901, ch. 36) n'ont rien changé au principe. Dans l'arrêt *Tass v. The King*, [1947] R.C.S. 103, à la p. 105, le juge Kerwin écrit qu' [TRADUCTION] «il semble tout à fait clair que si le témoin n'invoque pas l'immu-

him, and this notwithstanding the fact that he may not [have] known of his rights”.

The general freedom to do as one pleases, which seems to be the rationale underlying the rule as put by Lamer J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683, and which operates at the investigation stage is not absolute. It subsides where, as here, there is a legal duty to appear as a witness. It is also subject to the basic premises of our law enforcement system, and in particular, to the necessary cooperation of citizens in eradicating crime and other illegal activities. This is sometimes expressed as a “social” or “moral” duty to cooperate with law enforcement agents: *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, at p. 419. In *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 19, Dickson C.J. in his dissenting reasons expressed this “moral” or “social” duty in the following terms:

Society as a whole bears responsibility for the maintenance of law and order; co-operation between the public and the police is essential to the effective fulfilment of the already difficult tasks performed by the police.

We are here, as I noted earlier, dealing with individuals called as witnesses in an investigation of practices under the Act where there is no accused, no suspect and no one charged with an offence, just as are witnesses before a commission of inquiry.

The jurisprudence regarding commissions of inquiry illustrates the limited nature of the rights of witnesses in proceedings to which the *Canada Evidence Act* applies. In *Faber, Di Iorio and Keable, supra*, there was found to be no fundamental “right to silence” in favour of witnesses appearing before commissions of inquiry and such witnesses were required to answer all questions, even those involving incriminating answers, subject to the protection afforded by the *Canada Evidence Act*. The “right to remain silent” enjoyed by an accused, namely, the right to refuse to testify, was repeatedly held not to inure to the benefit of witnesses, or other persons against whom no

nité, son témoignage peut servir plus tard contre lui, et ce, même s’il se peut qu’il ait ignoré ses droits».

a La liberté générale qu’a toute personne de faire ce qui lui plaît, qui semble être le fondement de la règle énoncée par le juge Lamer dans l’arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683, et qui s’applique à l’étape de l’enquête n’est pas absolue. Elle disparaît lorsque, comme en l’espèce, la loi oblige à comparaître comme témoin. Elle est aussi subordonnée aux préceptes fondamentaux de notre régime d’application des lois et, plus précisément, à l’obligation qu’ont les citoyens de coopérer à l’élimination de la criminalité et des autres activités illégales. Cette obligation est parfois appelée le devoir «social» ou «moral» de coopérer avec les responsables de l’application de la loi: *Rice v. Connolly*, [1966] 2 Q.B. 414, à la p. 417. Dans l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, à la p. 19, le juge en chef Dickson définit, dans ses motifs de dissidence, ce devoir «moral» ou «social» dans les termes suivants:

e C’est la société en général qui est responsable du maintien de l’ordre public; la coopération entre le grand public et les forces policières est essentielle à l’accomplissement efficace des tâches déjà difficiles qui incombent à ces dernières.

f Comme je l’ai déjà souligné, nous avons affaire en l’espèce à des personnes physiques convoquées comme témoins à une enquête sur des pratiques menées en vertu de la Loi, où il n’y a ni accusé, ni suspect, tout comme dans le cas de témoins devant une commission d’enquête.

La jurisprudence relative aux commissions d’enquête illustre la nature restreinte des droits des témoins dans les procédures régies par la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les arrêts *Faber, Di Iorio et Keable*, précités, la Cour a statué qu’il n’existe pas de «droit fondamental au silence» pour les témoins qui comparaissent devant une commission d’enquête et qu’ils sont tenus de répondre à toutes les questions, même à celles qui suscitent des réponses incriminantes, sous réserve de la protection accordée par la *Loi sur la preuve au Canada*. On a constamment jugé que, ni les témoins, ni les autres personnes qui n’ont fait l’objet d’aucune accusation n’ont le «droit de

charge had been laid. In *Di Iorio*, Dickson J. stated (at pp. 216-17):

Although one might argue that the protection against self-incrimination extended to those who *might* be charged with a crime, this contention was rejected by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Re Wilson Inquest* (1968), 66 W.W.R. 522, and by a majority of this Court in *Faber, supra*.

He added that a person appearing before a provincial inquiry and testifying under oath was a "witness" who could claim the protection of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* (pp. 220-21).

The role of the Commission under s. 17 of the Act is akin to that of commissions of inquiry considered in the above cases. The Commission has many functions other than to investigate into proscribed activity. It may consider the appropriateness of civil and administrative remedies, such as ordering that certain duties be removed or reduced, or that suppliers accept certain persons as customers (see *Irvine, supra*, at p. 205). The Commission investigates and reports its findings to the Minister; it makes no determination of guilt. Just as was the case in *Faber, Di Iorio* and *Keable*, there is merely a possibility that the witnesses might later be prosecuted. But this possibility, in my view, does not change the status of witnesses appearing before the Commission.

Recently, this Court held that an officer of a corporation was a compellable witness at the criminal trial of his corporation: *R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 679. There is no reason of principle to distinguish the case of a corporate officer from the general case of a witness. The fact that, as a witness, the officer had no "right to remain silent" at the trial stage indicates that *a fortiori* the result could not be different when a witness is called to testify at the investigative stage.

I would add that provisions empowering federal regulators to compel individuals to give evidence

garder le silence» dont jouit un accusé, notamment le droit de refuser de témoigner. Le juge Dickson affirme dans l'arrêt *Di Iorio* (à la p. 217):

On pourrait peut-être soutenir que la protection contre l'auto-incrimination s'étend à ceux qui sont *susceptibles* d'être accusés d'une infraction, mais cette prétention a été rejetée par la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Wilson Inquest* et par une majorité de cette Cour dans *Faber, supra*.

Il ajoute qu'une personne qui comparait devant une commission d'enquête provinciale et qui y dépose sous serment à titre de «témoin» peut invoquer la protection du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (pp. 220 et 221).

Le rôle de la Commission prévu à l'art. 17 de la Loi est assimilable à celui des commissions d'enquête dont il est question dans les arrêts précités.

La Commission a de nombreuses autres fonctions en plus de celle d'enquêter sur des activités interdites. Elle peut examiner l'à-propos de redressements civils ou administratifs, comme celui consistant à ordonner la suppression ou la réduction de certains droits, ou celui consistant à ordonner à certains fournisseurs de prendre certaines personnes comme clientes (voir l'arrêt *Irvine*, précité, à la p. 205). La Commission mène une enquête et fait rapport de ses constatations au Ministre; elle ne se prononce pas sur la culpabilité de qui que ce soit. Comme c'était le cas dans les arrêts *Faber, Di Iorio* et *Keable*, il y a seulement une possibilité de poursuite ultérieures contre le témoin. À mon avis, cette possibilité ne change rien à la situation des témoins qui déposent devant la Commission.

Notre Cour a statué dans un arrêt récent qu'un dirigeant de compagnie est un témoin contraignable lors de poursuites criminelles intentées contre sa compagnie: *R. c. N.M. Paterson and Sons Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 679. Il n'y a aucune raison de principe de distinguer le cas d'un dirigeant de compagnie de celui d'un témoin ordinaire. Le fait que le dirigeant de compagnie n'ait pas, à titre de témoin, le «droit de garder le silence» à l'étape du procès signifie qu'à plus forte raison le résultat ne pourrait être différent dans le cas d'un témoin appelé à déposer au stade de l'enquête.

J'ajouterais que les dispositions qui autorisent les organismes de réglementation fédéraux à con-

have been part of anti-combines legislation since 1910 (*The Combines Investigation Act*, S.C. 1910, c. 9, s. 32). A considerable number of provincial and federal regulatory statutes contain similar provisions. Compelling the attendance of witnesses is an established investigatory tool in this age of governmental regulation of the economy.

While, as Wilson J. notes, the longevity of a statute is not a determining factor when identifying the principles of fundamental justice, pre-*Charter* law is relevant to the extent that it sheds light on the "principles . . . [which] have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare, supra*, at pp. 402-3), here, the field of investigative practices. Such long-standing practices show that our system of justice never considered that fundamental justice required that witnesses in investigatory proceedings enjoy a "right to remain silent" to the extent that they may simply refuse to be compelled to testify and answer questions, even questions eliciting incriminating answers. Compellability of witnesses was not felt to be inimical to the basic tenets of our judicial system.

The *Charter*, in my view, has not altered the status of witnesses called to testify at the investigative stage although it has constitutionalized the protection previously afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* to witnesses in such circumstances. Section 13 of the *Charter* reads:

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

As can readily be seen, s. 13 of the *Charter* is itself premised on the compellability of witnesses since it can easily be assumed that a person giving incriminating evidence will do so under compulsion, even if the evidence can also be given voluntarily. This provision would have little *raison d'être* if the *Charter* at the outset rendered unconstitutional statutory provisions compelling wit-

traindre des personnes à déposer font partie des lois interdisant les coalitions depuis 1910 (*Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.C. 1910, ch. 9, art. 32). Un nombre considérable de lois de réglementation provinciales et fédérales comportent des dispositions similaires. La comparution forcée de témoins est un outil d'enquête reconnu en cette ère de réglementation gouvernementale de l'économie.

Comme le souligne le juge Wilson, même si la longévité d'une loi n'est pas un facteur déterminant lorsqu'il s'agit d'identifier les principes de justice fondamentale, le droit antérieur à la *Charte* est pertinent dans la mesure où il nous éclaire sur les «principes [. . .] qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (arrêt *Beare*, précité, à la p. 403) qui, en l'espèce, est celui des pratiques en matière d'enquête. Des pratiques aussi anciennes démontrent que notre système de justice n'a jamais estimé que la justice fondamentale exigeait que les témoins à une procédure d'enquête jouissent du «droit de garder le silence» au point de pouvoir simplement refuser d'être contraints à témoigner et à répondre à des questions, même aux questions qui appellent des réponses incriminantes. La contraignabilité des témoins n'a pas été considérée comme contraire aux préceptes fondamentaux de notre système judiciaire.

À mon avis, la *Charte* n'a pas modifié le statut des témoins appelés à déposer à l'étape de l'enquête, bien qu'elle ait constitutionnalisé la protection qu'offrait antérieurement l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* aux témoins se trouvant dans une telle situation. L'article 13 de la *Charte* stipule:

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

Il saute aux yeux que l'art. 13 de la *Charte* est lui-même fondé sur la contraignabilité des témoins puisqu'on peut facilement tenir pour acquis qu'une personne qui donne un témoignage incriminant agit sous l'effet de la contrainte, même si ce témoignage peut aussi être donné volontairement. Cette disposition perdrait sa raison d'être si la *Charte*, au départ, rendait inconstitutionnelles les

nesses to testify and this is a further indication that the compellability of witnesses *per se* is quite consonant with "fundamental justice" under s. 7 of the *Charter*.

Section 13 of the *Charter* goes further than s. 5 of the *Canada Evidence Act* and eliminates the requirement of an express objection by the witness in order for the protection to be available. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 360, this Court held (McIntyre J. dissenting):

Section 13, unlike s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, does not require any objection on the part of the person giving the testimony . . .

Such automatic protection goes a long way towards ensuring fundamental justice for the witness.

I am not convinced by the remarks of Wilson J. to the extent that she implies the protection of witnesses under pre-1893 common law was greater than it subsequently became under the *Canada Evidence Act*. The common law rule allowed the use of the witness's testimony where the witness had failed to expressly object to the question and had unawares given an incriminating answer. I do not believe that such a rule should be considered consistent with "fundamental justice" for the purpose of s. 7.

Moreover, the *Charter* has not rendered obsolete society's interest in the enforcement of its laws, and the dictum of Dickson C.J. in *Dedman, supra*, remains appropriate in the present context as well. This is especially true of s. 7, where the collective interest in law enforcement finds expression in the principles of fundamental justice, and must be balanced against the deprivation of individual rights to life, liberty and security of the person, as these rights have come to be recognized in our judicial system. Effective enforcement of anti-combines legislation would be virtually stultified if those who can assist in the advancement of investigation into proscribed activity could hide beneath a constitutional blanket of silence.

dispositions législatives qui forcent des témoins à déposer, ce qui constitue un autre indice que la contraignabilité des témoins est en soi conforme à la «justice fondamentale» dont parle l'art. 7 de la

a Charte.

L'article 13 de la *Charte* va plus loin que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* en supprimant l'exigence que le témoin s'oppose expressément pour que la protection s'applique. Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 360, notre Cour affirme (le juge McIntyre étant dissident):

L'article 13, contrairement au par 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'exige pas une opposition de la part de la personne qui témoigne . . .

Cette protection automatique contribue grandement à assurer le respect de la justice fondamentale au profit d'un témoin.

Les observations du juge Wilson ne me convainquent pas dans la mesure où elle laisse entendre que, selon la common law en vigueur avant 1893, la protection des témoins était plus grande qu'elle ne l'est devenue plus tard sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*. La règle de common law autorisait l'utilisation de la déposition du témoin qui ne s'était pas expressément opposé à la question et qui avait par mégarde donné une réponse incriminante. Je ne crois pas qu'une telle règle doive être considérée comme conforme à la «justice fondamentale» pour les fins de l'art. 7.

De plus, la *Charte* n'a pas aboli l'intérêt qu'a la société à ce que ses lois soient appliquées et l'affirmation du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Dedman*, précité, garde toujours sa valeur dans le contexte actuel. Cela est particulièrement vrai dans le cas de l'art. 7, où l'intérêt de la collectivité à ce que les lois soient appliquées trouve son expression dans les principes de justice fondamentale et doit être soupesé au regard de la privation des droits des individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, tel que ces droits sont reconnus dans notre système judiciaire. L'efficacité des lois interdisant les coalitions se trouverait presque annihilée si les personnes susceptibles de faire progresser les enquêtes sur des activités prohibées pouvaient se réfugier derrière un mur constitutionnel de silence.

Given the long standing and deeply entrenched rule regarding the compellability of witnesses in our legal tradition, the protection afforded to such witnesses by the *Canada Evidence Act* now constitutionalized in s. 13 of the *Charter*, society's responsibility for the enforcement of its laws as well as the consistency of the jurisprudence relating to commissions of inquiry at the investigative stage, it would take clear wording indeed in the *Charter* to conclude that witnesses are no longer compellable to testify in an inquiry of the kind that we are dealing with here. Section 13 of the *Charter* is not so worded. Not only does s. 13 contain no clear statement to that effect but such a result cannot even be implied from its wording. Section 7, as all the other sections of the *Charter*, cannot be interpreted in a vacuum but rather must be read in the light of all the other provisions as well as of against the historical background of our legal tradition. In fact, ss. 11 and 13 of the *Charter* in particular, which can be seen as illustrations of s. 7, are predicated on the contrary assumption. This is why I cannot agree with my colleague Sopinka J. when he writes that s. 7 of the *Charter* affords witnesses, be it in their personal capacity or as representatives of a corporation, a constitutional "right to remain silent" where there is an express statutory duty to testify such as the one enacted in s. 17 of the Act here in question. I prefer to look at s. 7 of the *Charter* as does my colleague Wilson J. in the light of the residual protection, if any, that s. 7 may afford such compellable witnesses, beyond the protection offered by s. 13 of the *Charter*. Consequently, the question of the scope of such residual protection, which is really at the heart of this appeal, will now be discussed.

2. Does Section 7 Require Derivative Use Immunity?

In her reasons in this respect, Wilson J. relies to some extent on the decision of the United States Supreme Court in *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972). There, the court based its opinion on the language of the Fifth Amendment, which

Compte tenu de la règle, très ancienne et enracinée dans nos traditions juridiques de la contraignabilité des témoins, de la protection offerte aux témoins en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, maintenant constitutionnalisée à l'art. 13 de la *Charte*, de la responsabilité qu'a la société de veiller à l'application de ses lois et de l'uniformité de la jurisprudence relative aux commissions d'enquête à l'étape de l'enquête, il faudrait une formulation très claire de la *Charte* pour pouvoir conclure que des témoins ne peuvent plus être contraints à déposer lors d'une enquête du genre de celle dont il est question ici. On ne retrouve pas pareille formulation à l'art. 13 de la *Charte*. Non seulement l'art. 13 ne comporte pas d'énoncé clair en ce sens, mais encore son texte ne permet même pas d'en inférer un tel sens. Il est impossible d'interpréter l'art. 7 et tous les autres articles de la *Charte* dans l'abstrait. Il faut plutôt les interpréter en fonction de toutes les autres dispositions et de l'historique de nos traditions juridiques. En réalité, les art. 11 et 13 de la *Charte* notamment, qui peuvent être considérés comme des illustrations de l'art. 7, reposent sur l'hypothèse contraire. C'est la raison pour laquelle je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue le juge Sopinka quand il dit que l'art. 7 de la *Charte* confère aux témoins, tant à titre personnel qu'en qualité de représentants d'une société commerciale, un «droit» constitutionnel «de garder le silence» lorsqu'il existe un devoir légal explicite de témoigner comme celui que prévoit l'art. 17 de la Loi en cause ici. Je préfère envisager l'art. 7 de la *Charte* comme le fait ma collègue le juge Wilson, c'est-à-dire sous l'angle de la protection résiduelle, s'il en est, que cet article peut conférer aux témoins contraignables, en sus de la protection qu'offre l'art. 13 de la *Charte*. Aussi, j'aborderai maintenant la question de l'étendue de cette protection résiduelle qui est vraiment au cœur du présent pourvoi.

2. L'article 7 exige-t-il l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée?

Dans la partie de ses motifs qui porte sur cette question, le juge Wilson se fonde jusqu'à un certain point sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972). Dans cet arrêt, la cour a statué en

states, in part, that “No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself” (emphasis added). This constitutional provision, in setting out a unified protection against self-incrimination, stands in stark contrast with the Canadian context. Here, prior to the *Charter*, there was no general principle against self-incrimination, but only two discrete evidentiary rules regarding the non-compellability of an accused at his trial and the protection afforded to witnesses under s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The *Charter* has not introduced a unified right against self-incrimination in Canadian law; to the contrary, it has preserved the division of the rules referred to above, in ss. 11(c) and 13 respectively, and further, it may even provide residual protection in yet another provision, s. 7. This dispersment of rules regarding self-incrimination in the Canadian constitutional context greatly diminishes, in my view, the persuasive strength of *Kastigar* in interpreting s. 7 of the *Charter*.

Pre-*Charter* cases involving derivative evidence establish that the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* did not extend beyond the actual testimony of the witness. Evidence of facts discovered as a result of the testimony was not covered by the immunity available under that provision. Even in the case of an accused, evidence derived from an improperly obtained confession was held to be generally admissible: *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. In discussing the admissibility of a weapon which had been discovered partly as a result of an inadmissible confession, Judson J. (Fauteux and Abbott JJ. concurring) said (at p. 299):

The reason given for the unfairness here is that the weapon was discovered partly as a result of an inadmissible confession and partly as a result of the accused going with the police officers and pointing out the place where the weapon was concealed. In my opinion, there is no justification for recognizing the existence of this discretion in these circumstances. This type of evidence has been admissible for almost 200 years. [Emphasis added.]

fonction du texte du Cinquième amendement qui porte notamment que [TRADUCTION] «Nul [. . .] ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans une affaire criminelle» (je souligne). En établissant une protection unifiée contre l’auto-incrimination, cette disposition constitutionnelle contraste vivement avec le contexte canadien. Ici, avant l’adoption de la *Charte*, il n’y avait pas de principe général interdisant l’auto-incrimination, mais seulement deux règles de preuve distinctes concernant la non-contrainabilité d’un accusé à son procès et la protection offerte aux témoins en vertu de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La *Charte* n’a pas édicté de droit unifié à la protection contre l’auto-incrimination en droit canadien; au contraire, elle a maintenu le partage susmentionné des règles, à l’al. 11c) et à l’art. 13 respectivement. Il se peut même qu’elle ait ajouté une protection résiduelle dans une autre disposition, soit l’art. 7. Cette dispersion des règles concernant l’auto-incrimination dans le contexte constitutionnel canadien diminue grandement, à mon avis, la force persuasive de l’arrêt *Kastigar* dans l’interprétation de l’art. 7 de la *Charte*.

La jurisprudence qui a porté sur la preuve dérivée avant l’adoption de la *Charte* établit que la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n’allait pas au-delà de la déposition elle-même du témoin. Les éléments de preuve découverts suite au témoignage ne bénéficiaient pas de la protection offerte par cette disposition. Même dans le cas d’un accusé, la preuve dérivée d’une confession obtenue illégalement était jugée recevable généralement: *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Parlant de l’admissibilité d’une arme découverte en partie à cause d’une confession irrecevable, le juge Judson (aux motifs duquel les juges Fauteux et Abbott ont souscrit) écrit (à la p. 299):

Dans le cas présent, cela serait inéquitable, dit-on, du fait que la découverte de l’arme résulte en partie d’une confession irrecevable et en partie du fait que l’accusé a accompagné les policiers et indiqué l’endroit où l’arme était cachée. À mon avis, il n’y a aucune raison d’admettre l’existence de ce pouvoir discrétionnaire dans ces circonstances. Ce genre de preuve est considéré recevable depuis près de deux cents ans. [Je souligne.]

Since the *Charter*, the cases which have dealt so far with derivative evidence have almost, if not exclusively, done so in the context of s. 24(2) of the *Charter*. Although we are not concerned here with the application of s. 24(2) of the *Charter* where an accused's *Charter* rights have been infringed and the accused claims a remedy, but rather with an attack on the constitutionality of s. 17 of the Act pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, an analogy seems to me to be pertinent.

For the purpose of s. 24(2) of the *Charter*, the fairness of the judicial process has been found to be jeopardized where the state infringed the *Charter* rights of an accused and obtained a confession; the proper remedy, in the interest of such fairness, was to exclude the incriminating statement but only if its admission could bring the administration of justice into disrepute (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495), a test more severe than that of fairness to the accused. Evidence which is not of this type, such as real evidence or derivative evidence was not found as a rule to go to fairness and was not generally excluded on that basis. Thus, in recent *Charter* cases, evidence derived from an accused's improperly obtained statement was nevertheless admitted: *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.) and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. There is no inflexible rule that the admission of such derivative evidence will affect the fairness of the judicial process. If courts had regarded the use of such derivative evidence as contrary to the principles of fundamental justice, which is the solution adopted by my colleague Wilson J., I entertain no doubt that they would have easily found that its admission would bring "the administration of justice into disrepute". Indeed, how could it be said that a breach of fundamental justice does not necessarily bring the administration of justice into disrepute? To state the question is to answer it. I remark here again that such cases dealt with an accused and we are concerned here with a witness. Can the rule which applies to an accused be different in that connection and here, more onerous, than the one which applies to a witness? The

Depuis l'adoption de la *Charte*, les arrêts qui ont porté sur la preuve dérivée l'ont fait presque exclusivement dans le contexte du par. 24(2) de la *Charte*. Bien qu'il s'agisse en l'espèce non pas d'un cas d'application du par. 24(2) de la *Charte*, où un accusé dont les droits ont été violés demande réparation, mais plutôt d'une contestation de la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi, faite conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'analogie me semble pertinente.

Aux fins du par. 24(2) de la *Charte*, on a statué que l'équité du processus judiciaire est mise en péril lorsque l'État a violé les droits que la *Charte* garantit à un accusé et a ainsi obtenu une confession; la réparation appropriée, pour rétablir cette équité, a consisté en l'exclusion de la déclaration incriminante, mais seulement lorsque son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495), ce qui constitue un critère plus strict que celui de l'équité envers l'accusé. Les éléments de preuve qui ne relèvent pas de cette catégorie, comme les éléments de preuve matérielle ou les éléments de preuve dérivée, n'ont pas dans l'ensemble été considérés comme reliés à l'équité et n'ont pas été généralement exclus pour cette raison. Ainsi, dans la jurisprudence récente relative à la *Charte*, on a jugé recevables des éléments de preuve dérivée résultant d'une déclaration illégalement obtenue de l'accusé: *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.) et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Il n'y a pas de règle rigide selon laquelle l'utilisation de cette preuve dérivée compromet l'équité du processus judiciaire. Si les cours de justice avaient considéré que l'utilisation de ces éléments de preuve dérivée est contraire aux principes de justice fondamentale, ce qui est la solution retenue par ma collègue le juge Wilson, je ne doute pas qu'elles auraient aisément conclu que leur utilisation est «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». En réalité, comment peut-on dire qu'une violation de la justice fondamentale ne déconsidère pas nécessairement l'administration de la justice? Poser la question c'est y répondre. Je ferai observer ici encore une fois qu'il était question d'un accusé dans ces affaires, alors qu'ici nous sommes

contrary, if anything, would seem to be the answer.

Unlike my colleague Wilson J., I am not convinced that a comparative analysis of different legal systems can provide anything more than a mere background in determining “fundamental justice” under s. 7. Each legal system, intertwined with a particular legal tradition, is predicated on a number of integrated elements, and to look at each piece-meal through a magnifying glass cannot provide an accurate picture of the whole nor can such an exercise take into account differences between the systems, such as illustrated in *Kastigar, supra*. Fundamental justice may take different forms in different societies, given their own legal traditions.

Fundamental justice in our Canadian legal tradition and in the context of investigative practices is primarily designed to ensure that a fair balance be struck between the interests of society and those of its citizens. In this regard, I fail to see why “fundamental justice” would require an inflexible immunity in respect of derivative evidence under s. 7 and with deference, I am unable to agree with Wilson J.’s conclusion that s. 7 requires such an immunity.

To state my views positively, I agree that s. 7 may offer residual protection in commanding some type of immunity in respect of the testimony given by individuals during an investigation. In my view, “fundamental justice” requires protection coextensive with the individual’s testimonial participation in the investigation, that is, use immunity. Such protection serves the end of preventing the state from using incriminating evidence which was obtained from the individual himself, while at the same time tailoring the protection to what our system considers to be the appropriate boundary of fairness in the judicial process. Once it is established that our legal tradition recognizes the usefulness of commissions of inquiry and other investigative agencies such as the Commission, the

en présence d’un témoin. La règle qui s’applique à un accusé peut-elle être différente à cet égard et, en l’espèce, plus onéreuse que celle qui s’applique à un témoin? Il semblerait plutôt que ce doit être le contraire.

À la différence de ma collègue le juge Wilson, je ne suis pas convaincue qu’une analyse comparative des différents systèmes juridiques puisse nous fournir plus qu’un simple contexte pour déterminer ce en quoi consiste la «justice fondamentale» au sens de l’art. 7. Tout système juridique, lié étroitement à une tradition juridique particulière, repose sur un certain nombre d’éléments imbriqués les uns dans les autres, et l’examen à la loupe de chacun de ces éléments ne permet pas d’obtenir une image exacte de l’ensemble, pas plus qu’un tel exercice ne peut tenir compte des différences entre les systèmes, tel qu’illustrées par l’arrêt *Kastigar*, précité. La justice fondamentale peut revêtir différentes formes dans différentes sociétés, selon les traditions juridiques qui leur sont propres.

Dans la tradition juridique canadienne et dans le contexte des pratiques en matière d’enquête, la justice fondamentale vise premièrement à établir un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des citoyens. À cet égard, je ne vois pas pourquoi la «justice fondamentale» exigerait, en vertu de l’art. 7, une immunité absolue pour les éléments de preuve dérivée et, en toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion du juge Wilson que l’art. 7 exige une telle immunité.

Pour m’exprimer en termes positifs, je reconnais que l’art. 7 peut offrir une protection résiduelle en exigeant une certaine immunité à l’égard du témoignage de personnes physiques au cours d’une enquête. À mon avis, la «justice fondamentale» exige une protection correspondant à la participation des personnes comme témoins à une enquête, c’est-à-dire une immunité contre l’utilisation du témoignage. Cette protection sert à empêcher l’État d’utiliser les dépositions incriminantes qu’il a obtenues de la personne elle-même, tout en adaptant la protection à ce que notre système considère comme la mesure appropriée d’équité dans le processus judiciaire. Dès qu’il est établi que notre tradition juridique reconnaît l’utilité des commissions d’enquête et des autres organismes

question of the correct amount of protection to be given to witnesses must leave some room for the purpose of proper law enforcement to be served. Discussing the question, the Law Reform Commission (*Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), Working Paper 17, at p. 36) examined the appropriate threshold of protection as follows:

Should basic protection against self-crimination be offered witnesses appearing before investigatory commissions? Many would say it should. But, in the first place, there is no general right against self-crimination in Canadian law; the common law principle *nemo tenetur seipsum accusare* ("no one is bound to criminate himself") was abolished when s. 5 was introduced in 1893. Secondly, once it has been accepted that commissions to investigate are desirable in certain circumstances, it is irrational to introduce protection for witnesses that will in many instances prevent meaningful investigation. An inquiry barred from examining wrongdoing that may lead to criminal prosecutions would have very little room for manoeuvre. [Emphasis added].

These considerations, though expressed before the *Charter*, are still relevant in an analysis of s. 7 today. Professor Paciocco also argues that s. 7 imposes a ban on the subsequent use of testimonial evidence. Commenting on the case law in this respect, he says (*Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 592-93):

There have been a number of self-incrimination claims which have invoked section 7, however, almost always unsuccessfully. In almost every case the *Charter* claimant was asking for more than the appropriate principle offers; the applicants typically requested that a statute or subpoena requiring them to answer questions, the answers to which could not be used against them in a subsequent trial although incriminatory, be quashed so that the applicants could remain silent . . . [T]he claims deserved to fail since they attempted to stretch the appropriate principle beyond its legitimate confines.

I agree with Paciocco's assessment of the "legitimate confines" of the residual protection against self-incrimination. In my opinion, use immunity satisfies the requirement of fundamental justice

d'investigation comme la commission en cause ici, la question de la mesure appropriée de protection à accorder aux témoins doit laisser une certaine marge de manœuvre à l'application régulière des lois. Au sujet de cette question, la Commission de réforme du droit (*Les commissions d'enquête: Une nouvelle loi* (1977), document de travail 17, à la p. 38) discute du niveau approprié de protection dans les termes suivants:

Faut-il accorder aux témoins déposant devant une commission d'enquête un minimum de protection contre l'auto-incrimination? Bien des gens répondraient affirmativement. Cependant, il n'existe aucune règle générale contre l'auto-incrimination en droit canadien: le principe de common law *nemo tenetur seipsum accusare* (nul n'est tenu de s'incriminer) fut aboli au moment de l'adoption de l'article 5, en 1893. En second lieu, si l'on admet la nécessité de créer des commissions d'enquête dans certaines circonstances, il n'est pas logique de consentir aux témoins une protection qui, dans plusieurs cas, empêcherait toute enquête sérieuse. Une enquête dont seraient exclus les comportements susceptibles d'entraîner des poursuites criminelles aurait un champ d'action très restreint. [Je souligne.]

Bien que ces considérations datent d'avant la *Charte*, elles sont encore pertinentes pour les fins d'une analyse de l'art. 7. Le professeur Paciocco soutient lui aussi que l'art. 7 impose une interdiction d'utiliser ultérieurement les dépositions des témoins. Voici ce qu'il dit au sujet de la jurisprudence sur ce point (*Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 592 et 593):

[TRADUCTION] On a soulevé à maintes reprises la question de l'auto-incrimination en invoquant l'art. 7, mais presque toujours sans succès. Dans presque tous les cas, celui qui invoquait la *Charte* demandait plus que ce que le principe applicable offre; les requérants demandaient invariablement l'annulation d'un texte de loi ou d'un subpoena qui les obligeait à répondre à des questions alors que leurs réponses ne pouvaient être utilisées contre eux dans un procès ultérieur même si elles étaient incriminantes, de manière à pouvoir garder le silence. [. . .] [C]es recours méritaient d'être rejetés puisqu'ils cherchaient à étendre le principe applicable au-delà de ses limites légitimes.

Je suis d'accord avec l'évaluation que fait le professeur Paciocco des «limites légitimes» de la protection résiduelle contre l'auto-incrimination. À mon avis, l'immunité contre l'utilisation de la

under s. 7 of the *Charter*. In the present appeal, such protection is afforded by s. 20(2) of the Act which was referred to earlier.

As a result, I conclude that, in so far as it compels corporations to testify, s. 17 of the Act does not infringe upon s. 7 of the *Charter* since this provision does not apply to corporations. Section 8 is not involved in this connection. The result is the same in the case of corporate officers who are called to testify in their capacity as representatives of a corporation.

As far as it compels individuals to testify in their personal capacity, I also conclude that s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter* and neither is s. 8 involved here. Section 20(2) of the Act affords witnesses sufficient protection to conform to the requirement of fundamental justice embodied in s. 7 of the *Charter*. The right enabling an accused not to be compelled to testify at his own trial in our legal system does not extend to witnesses in proceedings such as the one set up by s. 17 of the Act. It suffices, for the purpose of s. 7 of the *Charter* if witnesses are afforded subsequent use protection guaranteed by s. 20(2) of the Act. Derivative evidence, which consists mainly of real evidence, cannot be assimilated to self-incriminating evidence and does not go to the fairness of the judicial process which is what, in the end, fundamental justice is all about.

Consequently, I am of the view that, in so far as it compels the giving of evidence under oath, given the use immunity provided by s. 20(2), s. 17 does not infringe s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

There remains the question whether a *subpoena duces tecum* issued under s. 17 of the Act infringes upon s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

preuve est conforme à l'exigence de justice fondamentale prescrite à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le présent pourvoi, cette protection découle du par. 20(2) précité de la Loi.

En définitive, je suis d'avis que, dans la mesure où il oblige une société commerciale à témoigner, l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* puisque cette dernière disposition ne s'applique pas aux personnes morales. L'article 8 n'entre pas en jeu sous ce rapport. Il en va de même des dirigeants de société appelés à témoigner en qualité de représentants de la société.

Dans la mesure où il oblige des personnes physiques à témoigner à titre personnel, je conclus également que l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* et que l'art. 8 n'entre pas non plus en jeu en l'espèce. Le paragraphe 20(2) de la Loi confère suffisamment de protection aux témoins pour respecter l'exigence de justice fondamentale prescrite à l'art. 7 de la *Charte*. Le droit qui, dans notre système juridique, permet à un accusé de refuser de témoigner à son propre procès ne s'étend pas aux témoins déposant lors de procédures du genre de celle définie à l'art. 17 de la Loi. Il suffit, pour les fins de l'art. 7 de la *Charte*, que les témoins puissent se prévaloir de la protection contre l'utilisation subséquente de leurs témoignages que leur garantit le par. 20(2) de la Loi. Les éléments de preuve dérivée, composés surtout d'éléments de preuve matérielle, ne sont pas assimilables à un témoignage incriminant et ne portent pas atteinte à l'équité du processus judiciaire qui, en définitive, constitue l'essence même de la justice fondamentale.

En conséquence, je suis d'avis que, dans la mesure où il oblige quelqu'un à témoigner sous serment, à cause de l'immunité accordée par le par. 20(2), l'art. 17 ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte*.

Il reste à déterminer si un *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte*.

Do Subpoenae Duces Tecum Violate Section 7 or Section 8 of the Charter?

Both ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked here and it is necessary to consider the application of each of these provisions separately.

1. Section 7

Section 7 is of little assistance with respect to *subpoenae duces tecum*. To begin with, for the reasons given above, no claim can be advanced by, or on behalf of, a corporation under this constitutional provision. As far as individuals *qua* individuals are concerned, assuming that a subpoena deprives them of their liberty or security of the person, fundamental justice under s. 7 does not extend protection over documents or corporate books and records. As I remarked earlier, the pre-*Charter* privilege against self-incrimination was one of limited application. The second branch of the privilege—immunity in respect of testimony—always remained concerned with oral evidence. The privilege never offered protection against the subsequent use of real evidence. In *Marcoux v. The Queen, supra*, Dickson J. stated (at p. 769):

In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally . . . [Emphasis added.]

Sections 11(c) and 13, which deal specifically with self-incrimination, read:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

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

Section 13 provides a use immunity in favour of witnesses. In my opinion, this immunity does not extend to cover documents or corporate books and records required to be produced under s. 17 of the

Les subpoenae duces tecum violent-ils l'art. 7 ou l'art. 8 de la Charte?

On invoque ici à la fois l'art. 7 et l'art. 8 de la *Charte* et il est nécessaire d'analyser séparément l'application de chacune de ces dispositions.

1. L'article 7

L'article 7 est de peu d'utilité en ce qui concerne les *subpoenae duces tecum*. D'abord, pour les motifs déjà exposés, aucune demande fondée sur cette disposition constitutionnelle ne peut être faite par une personne morale ou en son nom. Pour ce qui est des personnes physiques, comme telles, même si un subpoena les prive du droit à la liberté ou à la sécurité de leur personne, la justice fondamentale dont parle l'art. 7 n'offre pas de protection à l'égard de documents ou des livres et des registres de la société. Comme je l'ai signalé plus tôt, le privilège contre l'auto-incrimination qui prévalait avant la *Charte* avait une application limitée. Le deuxième aspect du privilège — l'immunité relative au témoignage — a toujours été confiné aux dépositions orales. Le privilège n'a jamais offert de protection contre l'utilisation subséquente d'éléments de preuve matérielle. Dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, précité, le juge Dickson affirme (à la p. 769):

En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général . . . [Je souligne.]

L'alinéa 11(c) et l'art. 13, qui portent précisément sur l'auto-incrimination, énoncent:

11. Tout inculpé a le droit :

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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

L'article 13 établit, en faveur des témoins, une immunité contre l'utilisation de leurs témoignages. À mon avis, cette immunité ne s'étend pas aux documents ni aux livres et registres des sociétés

Act. When one considers the carefully formulated wording of s. 13, especially in light of the narrow privilege against self-incrimination as it existed prior to the *Charter*, the drafters could not have made any clearer their intention to restrict the scope of the immunity to “testimonial” evidence. The word “testify” connotes the giving of evidence by means of oral communication in a proceeding. A witness “testifies” in recounting his or her version of certain events. This common sense meaning is simply not involved by the act of producing documents to the court. In coming to the conclusion that breath samples were not covered by s. 13, Zuber J.A. said (*R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783 (C.A.), at pp. 786-87):

I pass now to the Charter itself and it is of some importance to point out the obvious. The Charter does not confer a broad privilege against self-incrimination (it does not even use the phrase) but confers specific protection as follows: [text of ss. 11(c) and 13 omitted].

It is plain that the protection continues to be protection against testimonial compulsion and nothing else. The protection afforded to the witness (s. 13) is enhanced since the witness need no longer claim protection as he had to do pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. Section 11(c) continues to protect an accused from being compelled to enter a witness-box. The protection against testimonial compulsion, in my view, simply has nothing to do with compulsory breath tests pursuant to the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

I have considerable sympathy for the views expressed by Zuber J.A., but for the purpose of the present appeal it is only necessary for me to say that I agree with the above statement to the extent that it would exclude documents or corporate books and records concerned in the present case from the scope of s. 13.

As I said earlier, ss. 11(c) and 13 do not exhaust the *Charter's* protection against self-incrimination. Thus, an individual who is neither a “person charged with an offence” (s. 11(c)) nor a “witness who testifies in any proceedings” (s. 13) may look to s. 7 for protection in an appropriate case. How-

commerciales dont la production est exigée en vertu de l'art. 17 de la Loi. Si l'on tient compte du texte soigneusement formulé de l'art. 13, surtout à la lumière du privilège limité contre l'auto-incrimination qui existait avant la *Charte*, les rédacteurs n'auraient pas pu exprimer plus clairement leur intention de restreindre la portée de l'immunité à la preuve «testimonial». Le mot «témoigner» signifie une déposition sous forme de communication orale au cours d'une procédure. Une personne «témoigne» en donnant sa version de certains faits. Ce sens ordinaire est incompatible avec l'acte consistant à produire des documents auprès du tribunal. Lorsqu'il a conclu que l'art. 13 ne vise pas des échantillons d'haleine, le juge Zuber a dit ceci (*R. v. Altseimer* (1982), 38 O.R. (2d) 783 (C.A.), aux pp. 786 et 787):

[TRADUCTION] J'examinerai maintenant la Charte elle-même et il vaut la peine de souligner certaines évidences. La Charte confère non pas une immunité générale contre l'auto-incrimination (elle n'utilise même pas cette expression), mais la protection précise suivante: [le texte de l'al. 11c) et de l'art. 13 n'est pas reproduit.]

Il est manifeste que la protection demeure le droit de ne pas être contraint à témoigner et rien de plus. La protection offerte au témoin (art. 13) est accrue puisque le témoin n'a plus besoin de l'invoquer comme il devait le faire en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. L'alinéa 11c) maintient la protection en vertu de laquelle un accusé a le droit de ne pas être contraint à témoigner. La protection contre la contrainte à témoigner n'a rien à voir, selon moi, avec l'obligation de fournir un échantillon d'haleine en vertu du *Code criminel*. [Je souligne.]

Je trouve le point de vue du juge Zuber très attirant mais pour les fins du présent pourvoi, il me suffit de souscrire à l'énoncé ci-dessus dans la mesure où il exclurait de la portée de l'art. 13 les documents ou les livres et registres de la société dont il est question en l'espèce.

Comme je l'ai déjà dit, l'al. 11c) et l'art. 13 n'épuisent pas la protection contre l'auto-incrimination accordée par la *Charte*. Ainsi, quelqu'un qui n'est ni un inculpé (al. 11c)), ni un témoin (art. 13) peut invoquer l'art. 7 pour demander protection dans un cas approprié. Cependant, l'art. 13

ever, s. 13 is useful in determining the extent of the protection such an individual may find in s. 7. In my opinion, the limitation of s. 13 to "testimonial" evidence strongly indicates that s. 7 is likewise limited. Documents or corporate books and records required under s. 17 of the Act thus fall outside the ambit of protection of s. 7. Moreover, I would add that an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records (Paciocco, *op. cit.*, at p. 547). Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

I note that, in the United States, where Fifth Amendment protection is all-encompassing, corporate officers cannot invoke their constitutional rights against self-incrimination to oppose an order to produce corporate records. In *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911), and *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911), the court declared that Fifth Amendment protection against self-incrimination did not extend to corporate books and records in the custody of officers. This doctrine holds steadfast to this day: *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974); and *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). In *Braswell*, the court summarized the precedents and stated (at p. 2290):

The plain mandate of these decisions is that without regard to whether the subpoena is addressed to the corporation, or as here, to the individual in his capacity as a custodian, see *Dreier, supra*; *Bellis, supra*, a corporate custodian such as petitioner may not resist a subpoena for corporate records on Fifth Amendment grounds.

These cases were already considered by this Court in *N.M. Paterson, supra*, in determining that corporate officers were compellable witnesses at the trial of their corporation.

a aide à déterminer l'étendue de la protection qu'une telle personne peut trouver à l'art. 7. À mon avis, la restriction de l'art. 13 à la preuve «testimonial» indique fortement que l'art. 7 est pareillement limité. Les documents ou les livres et registres de la société exigés en vertu de l'art. 17 de la Loi ne bénéficient donc pas de la protection de l'art. 7. De plus, j'ajouterais qu'une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simplement d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants (Paciocco, *op. cit.*, à la p. 547). En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

d Je remarque qu'aux États-Unis, où la protection accordée par le Cinquième amendement est globale, les administrateurs de société ne peuvent invoquer leurs droits constitutionnels de ne pas s'incriminer pour refuser d'obtempérer à une ordonnance de production de dossiers de la société. Dans les arrêts *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911), et *Dreier v. United States*, 221 U.S. 394 (1911), la cour a déclaré que la protection du Cinquième amendement contre l'auto-incrimination ne s'étend pas aux livres et registres de société dont les administrateurs sont les dépositaires. Ce principe est encore pleinement valable aujourd'hui: *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944), *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974), et *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). Dans l'arrêt *Braswell*, la cour a résumé la jurisprudence pour déclarer (à la p. 2290):

h [TRADUCTION] Ces arrêts ont comme portée évidente que peu importe que le subpoena soit adressé à la société ou, comme en l'espèce, au particulier à titre de dépositaire, voir *Dreier*, précité, *Bellis*, précité, un dépositaire d'une société comme le requérant ne peut invoquer le Cinquième amendement pour se soustraire à une ordonnance de produire les registres de la société.

Notre Cour a déjà examiné ces arrêts dans l'arrêt *N.M. Paterson*, précité, et elle a statué que les administrateurs de société sont des témoins contraignables au procès de leur société.

There remains the question whether *subpoenae duces tecum* infringe upon s. 8 of the *Charter*.

2. Section 8

Section 8 of the *Charter* protects a reasonable expectation of privacy. As put by La Forest J. in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 428:

Claims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement, and that is what s. 8 is intended to achieve.

Here, although we are dealing with a constitutional attack on s. 17 of the Act launched by all the appellants, only the privacy interest of a corporation is at stake. Indeed, as it appears from the orders issued in the present case, no documents relating to the personal affairs of the individuals are requested. However, since in other contexts an individual's privacy may be affected, it appears to me to be appropriate to discuss general principles concerning the application of s. 8 of the *Charter* to corporations as well as individuals. Since the appellant here is an incorporated company, I will deal more particularly with such incorporated bodies, although what is said may also apply to other types of legal entities as well.

Modern corporate existence carries with it a notion of privacy which is at odds with the privacy inhering in physical persons. This difference flows from the nature of corporate existence. While individuals as a rule have full legal capacity by the operation of law alone, artificial persons are creatures of the state and enjoy civil rights and powers only upon the approval of statutory authorities. Even if corporations are given legal capacity, their legal powers may be restricted by the enabling articles of incorporation and legislation. The corporation's legal existence can be terminated by the state for failure to comply with these restrictions. Since the state defines the parameters of corporate existence, it would in my view be unreasonable for the corporation to expect that it is completely free to determine by itself whether it exercises its delegated powers in accordance with restrictions

Il reste à déterminer si les *subpoenae duces tecum* violent l'art. 8 de la *Charte*.

2. L'article 8

L'article 8 protège une expectative raisonnable en matière de vie privée. Comme l'a exprimé le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 428:

Naturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi, et c'est justement ce que l'art. 8 vise à réaliser.

Bien qu'en l'espèce nous soyons en présence d'une contestation par tous les appelants de la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi, seul le droit à la vie privée de la société est en cause. En fait, et c'est ce qui ressort des ordonnances délivrées en l'espèce, aucun document ayant trait aux affaires personnelles des particuliers n'est exigé. Toutefois, étant donné que dans d'autres circonstances le droit à la vie privée d'un particulier pourrait être touché, il m'apparaît approprié d'analyser les principes généraux relatifs à l'application de l'art. 8 de la *Charte* aux sociétés commerciales ainsi qu'aux particuliers. Vu que l'appelante en l'espèce est une société commerciale, je traiterai plus particulièrement de corporations, même si ce qui est dit est susceptible de s'appliquer également à d'autres types d'entités juridiques.

L'existence des sociétés commerciales à notre époque comporte une notion de droit à la vie privée différent de celui dont jouissent les personnes physiques. Cette différence découle de la nature des personnes morales. Alors que les personnes physiques ont automatiquement, en règle générale, la pleine capacité juridique par l'effet de la loi seulement, les personnes morales sont des créations de l'État qui n'ont des droits civils et pouvoirs que sur approbation des autorités légales. Même si les sociétés commerciales se voient conférer une certaine capacité juridique, leurs pouvoirs en droit peuvent être limités par leur charte ou par leur loi habilitante. L'État peut mettre fin à l'existence légale d'une société si elle omet de respecter ces restrictions. Puisque l'État détermine les paramètres de l'existence des personnes morales, il serait déraisonnable pour une société de s'attendre à

imposed by law. The particularity of corporate privacy interests was discussed by the Supreme Court of the United States in *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), at pp. 74-75:

The individual may stand upon his constitutional rights as a citizen. He is entitled to carry on his private business in his own way. His power to contract is unlimited. He owes no duty to the State or to his neighbors to divulge his business, or to open his doors to an investigation, so far as it may tend to criminate him. He owes no such duty to the State, since he receives nothing therefrom, beyond the protection of his life and property. His rights are such as existed by the law of the land long antecedent to the organization of the State, and can only be taken from him by due process of law, and in accordance with the Constitution. Among his rights are a refusal to incriminate himself, and the immunity of himself and his property from arrest or seizure except under a warrant of the law. He owes nothing to the public so long as he does not trespass upon their rights.

Upon the other hand, the corporation is a creature of the State. It is presumed to be incorporated for the benefit of the public. It receives certain special privileges and franchises, and holds them subject to the laws of the State and the limitations of its charter. Its powers are limited by law. It can make no contract not authorized by its charter. Its rights to act as a corporation are only preserved to it so long as it obeys the laws of its creation. There is a reserved right in the legislature to investigate its contracts and find out whether it has exceeded its powers. It would be a strange anomaly to hold that a State, having chartered a corporation to make use of certain franchises, could not in the exercise of its sovereignty inquire how these franchises had been employed, and whether they had been abused, and demand the production of the corporate books and papers for that purpose.

That court has since reiterated its view that *subpoenae duces tecum* issued in the exercise of the state's visitorial rights do not violate the corporation's Fourth Amendment rights: *White, supra*. In Canada, the legal existence of corporations is also the result of a statutory delegation. Corporations have the legal capacity of natural persons but can exercise those powers only in accordance with the applicable legislation and the articles of incorpora-

pouvoir elle-même décider tout à fait librement si elle exerce ses pouvoirs délégués conformément aux restrictions imposées par la loi. La Cour suprême des États-Unis a analysé, dans l'arrêt *a Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), aux pp. 74 et 75, la nature particulière du droit à la vie privée des personnes morales:

[TRADUCTION] Le particulier peut jouir de ses droits constitutionnels à titre de citoyen. Il a le droit de mener sa vie privée comme il l'entend. Sa capacité de s'engager par contrat est illimitée. Il n'a d'obligation ni envers l'État, ni envers autrui, de divulguer ses affaires, de se prêter à une enquête si elle risque de l'incriminer. Il n'a pas d'obligation de la sorte envers l'État puisqu'il n'en tire rien, si ce n'est la protection de sa vie et de ses biens. Ses droits existaient comme tels en vertu du droit interne bien avant l'organisation de l'État et personne ne peut les lui enlever si ce n'est suivant l'application régulière de la loi et conformément à la Constitution. Il jouit notamment du droit de refuser de s'incriminer, de refuser de se soumettre à une arrestation ou à la saisie d'aucun de ses biens si ce n'est en vertu d'un ordre légal. Il ne doit rien au public en général pour autant qu'il n'empiète pas sur ses droits.

Par contre, la personne morale est une création de l'État. Elle est présumée exister pour l'avantage du public. Elle jouit de certains privilèges et immunités sous réserve des lois de l'État et des restrictions de sa charte. Ses pouvoirs sont limités par la loi. Elle ne peut conclure que les contrats autorisés par sa charte. Ses droits à titre de personne morale ne sont réservés que dans la mesure où elle respecte sa loi constitutive. Le législateur a le droit, qu'il s'est réservé, de procéder à l'examen des contrats qu'elle souscrit et de déterminer si elle excède ses pouvoirs. Ce serait vraiment illogique de soutenir qu'après avoir habilité une personne morale à exercer certaines immunités, l'État ne puisse pas dans l'exercice de sa souveraineté demander comment ces immunités ont été exercées et si elles ont été mal exercées, et exiger à cette fin la production des livres et documents de la société.

Cette cour a depuis réitéré son point de vue que les *subpoenae duces tecum* délivrés dans l'exercice des droits d'inspection de l'État ne violent pas les droits dont la société commerciale jouit en vertu du Quatrième amendement: arrêt *White*, précité. Au Canada, les personnes morales existent en vertu d'une délégation légale de pouvoirs. Les sociétés commerciales ont la capacité juridique des personnes physiques, mais elles ne peuvent exercer

tion (see, e.g., ss. 15 and 16 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44). I therefore find the reasoning of *Hale v. Henkel* relevant in understanding the scope of protection afforded to corporations by s. 8.

While the papers or records of individuals have as a rule no bearing on the lives of others, corporate records almost necessarily affect the economic interests of third parties. To begin with the business decisions of corporations can have an effect on the interests of its shareholders. The information and protection of all shareholders is now well entrenched in Canadian corporate law. Further, as corporations are important (if not exclusive) players on the capital markets, the business decisions of corporations can affect the economy and thus indirectly influence the interests of many individuals in society at large. These basic differences between persons and corporations have given rise to a number of overriding societal objectives designed to control the public repercussions of corporate activities. In this context one can understand the role served by the numerous and thorough disclosure requirements which are today imposed on corporations. There are requirements of informing shareholders, such as interim financial reports. Other disclosure requirements aim at informing the public, such as the requirement of a prospectus upon the issuance of shares or modification of the corporation's capital structure. These are far from exceptional events in a corporation's life. There are additional disclosure duties to the public respecting the economic activity of the corporation. Although of general application, these requirements concern corporations more intimately, as corporations are important initiators of economic activity. Communication of often sensitive information to municipal, provincial and federal authorities is a predictable, if not day-to-day, occurrence in a corporation's life. As a result, at least as regards duties to disclose internal informa-

ces pouvoirs que conformément aux dispositions législatives applicables et à leur charte constitutive (voir, par exemple, les art. 15 et 16 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44).

^a Je conclus donc que le raisonnement de l'arrêt *Hale v. Henkel* est utile pour saisir la portée de la protection accordée aux sociétés commerciales par l'art. 8.

^b Alors que les documents ou registres appartenant à des particuliers n'ont, en règle générale, pas d'effet sur la vie d'autrui, les dossiers des sociétés ont presque toujours nécessairement un effet sur les intérêts économiques des tiers. D'abord, les décisions d'une société commerciale peuvent avoir un impact sur les intérêts de ses actionnaires. La protection des actionnaires et les renseignements auxquels ils ont droit sont maintenant bien définis en droit commercial canadien. De plus, parce que les sociétés commerciales sont des acteurs importants (voire même exclusifs) dans le marché des capitaux, leurs décisions d'affaires peuvent toucher l'économie et ainsi influencer indirectement sur les intérêts d'un grand nombre de membres de la société en général. Ces différences fondamentales entre les personnes physiques et les personnes morales ont donné naissance à un certain nombre d'objectifs sociaux prépondérants destinés à contrôler les répercussions sur le public des activités des sociétés commerciales. Dans ce contexte, on comprend facilement le rôle que jouent les nombreuses exigences de divulgation complète imposées aujourd'hui aux sociétés commerciales. Il existe des obligations de renseigner les actionnaires, comme celle de produire des états financiers périodiques. D'autres exigences de divulgation visent à renseigner le public, comme l'obligation de produire un prospectus lors d'une émission d'actions ou de la modification de la structure du capital d'une société. Ce sont là des événements qui sont loin d'être exceptionnels dans la vie d'une société commerciale. Il existe d'autres obligations de divulguer des renseignements au public relativement à l'activité économique de la société en question. Bien qu'elles soient d'application générale, ces obligations visent plus particulièrement les sociétés commerciales puisque ce sont des instigateurs d'activité économique importants. La communication de renseignements souvent délicats aux

tion of an economic nature, the privacy interest of corporations is relatively low.

This background must not be overlooked when considering the constitutionality of s. 17 of the Act in relation to s. 8 of the *Charter* as regards the privacy interest of corporations.

I am prepared to accept Wilson J.'s conclusion that *subpoenae duces tecum* constitute "seizures" for the purpose of that provision. The contrary point of view, which is taken by Sopinka J., fails to recognize that an actual intrusion and a compulsion to produce are functionally equivalent. Nearly all the authors who have considered this question came to this conclusion as well. For example, see Y. de Montigny, "La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan" (1989), 49 *R. du B.* 53, at p. 94:

[TRANSLATION] . . . we do not feel it is justifiable, or even desirable, to exclude subpoenas duces tecum and all related proceedings from the protection offered by s. 8, if only to avoid the possibility of something that may not be done directly being done indirectly.

See also Y. Ouellette, "La Charte canadienne et les tribunaux administratifs" (1984), 18 *R.J.T.* 295, at p. 313.

The question is therefore one of reasonableness. This implies balancing the public interest in protecting the privacy of individuals against the public interest in law enforcement in the context of an anti-combines investigation. On that aspect, I agree with Wilson J. that "[w]hat may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context" and that "the more akin to traditional criminal law the legislation is, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced" (pp. 495-96). This point of view is

autorités municipales, provinciales et fédérales est prévisible, sinon un fait quotidien, dans la vie d'une société commerciale. En conséquence, tout au moins en ce qui concerne l'obligation de divulguer certains renseignements internes de nature économique, le droit à la vie privé pour les sociétés commerciales est relativement limité.

C'est en tenant compte de ce contexte qu'il y a lieu d'examiner la constitutionnalité de l'art. 17 de la Loi en fonction de l'art. 8 de la *Charte*, pour ce qui est du droit à la vie privé dont jouissent les sociétés commerciales.

Je suis prête à me rallier à la conclusion à laquelle en arrive le juge Wilson selon laquelle les *subpoenae duces tecum* constituent des «saisies» pour les fins de cette disposition. Le point de vue contraire, adopté par le juge Sopinka, ne tient pas compte du fait qu'une intrusion réelle et la contrainte de produire des pièces sont équivalentes sur le plan pratique. Presque tous les auteurs qui ont examiné cette question favorisent aussi cette conclusion. Voir, par exemple Y. de Montigny dans «La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan» (1989), 49 *R. du B.* 53, à la p. 94:

. . . il ne nous apparaît pas justifiable, ni même souhaitable, de soustraire les subpoenas duces tecum et toutes les procédures qui s'y apparentent à la protection offerte par l'article 8, ne serait-ce que pour éviter la possibilité de faire indirectement ce qu'il pourrait être interdit de faire directement.

Voir aussi Y. Ouellette, «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295, à la p. 313.

La question en est donc une de caractère raisonnable. Cela implique qu'il faut soupeser l'intérêt qu'a le public à la protection du droit à la vie privée des particuliers et l'intérêt qu'a le public à l'application de la loi dans le contexte d'une enquête sur les pratiques restrictives du commerce. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Wilson que «[c]e qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel» et que «plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critè-

shared by de Montigny, op. cit., at p. 94, when he states that while subpoenas can be considered "searches",

[TRANSLATION] [t]his does not mean that the legislation authorizing them, and their use, has to be subject to all the rigour of the rules formulated by the Supreme Court in the context of the criminal law.

I part company with Wilson J., however, where she places the Act on the "criminal", rather than the "regulatory" side of the division. In view of *General Motors of Canada*, supra, I see no reason to distinguish between the *Income Tax Act*, which was involved in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, released concurrently, and the Act for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Both statutes involve penal consequences for non-compliance but in my view this is not determinative; the regulatory nature of these statutes is. In *General Motors of Canada*, the Chief Justice made it abundantly clear that he envisaged the legislation to constitute a "complex scheme of economic regulation" and "an investigatory mechanism for revealing prohibited activities" (p. 676). I point out that the Act which was considered in that case was in all respects the same as the one which applies to the present appeal. Because the Act's administrative machinery and enforcement provisions are now recognized as part of a regulatory scheme, the reasonableness of the *subpoena duces tecum* issued under s. 17 must be assessed taking into account a number of factors, including the importance of the Act's underlying purpose, the necessity of impairing privacy interests, and the absence of other, less onerous, alternatives. These are not intended to form an exhaustive list of factors.

Assessing the reasonableness of the invasion of privacy resulting from the issuance of a *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act, as I pointed out earlier, the Act's purpose is to eradicate practices that impair free competition in the marketplace. First, in my view, it cannot be disputed (and indeed it was not disputed before this Court) that

res établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré» (p. 496). De Montigny, loc. cit., à la p. 94, partage cet avis quand il affirme que, s'il est possible de considérer les subpoenas comme des «perquisitions»,

[c]ela ne signifie pas pour autant que les dispositions législatives qui les autorisent, de même que leur utilisation, doivent être soumises à toute la rigueur des exigences dégagées par la Cour suprême dans le contexte du droit pénal.

Cependant, là où je diffère d'opinion avec le juge Wilson c'est lorsqu'elle situe la Loi dans le domaine «criminel» plutôt que dans le domaine «réglementaire». Compte tenu de l'arrêt *General Motors of Canada*, précité, je ne vois aucune raison de faire de distinction entre la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont il était question dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 rendu en même temps que le présent jugement, et la Loi pour les fins de l'art. 8 de la *Charte*. L'inobservation de ces deux lois comporte des sanctions pénales, mais à mon avis, cela n'est pas déterminant; la nature réglementaire de ces lois l'est plutôt. Dans l'arrêt *General Motors of Canada*, le Juge en chef a clairement dit qu'il considèrerait cette loi comme «un système de réglementation économique complexe» et «un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites» (p. 676). Je souligne que la loi en cause dans cette affaire était en tous points semblable à celle qui s'applique au présent pourvoi. Puisqu'il est maintenant reconnu que les rouages administratifs de la Loi et de ses dispositions d'application font partie d'un système de réglementation, le caractère raisonnable du *subpoena duces tecum* délivré en vertu de l'art. 17 doit s'apprécier en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont l'importance de l'objet fondamental de la Loi, la nécessité d'empiéter sur les droits à la vie privée et l'absence d'alternative moins onéreuse. Cette liste de facteurs ne se veut pas exhaustive.

Évaluant le caractère raisonnable de l'atteinte à la vie privée qui résulte de la délivrance d'un *subpoena duces tecum* en vertu de l'art. 17 de la Loi, comme je l'ai déjà mentionné, la Loi a pour objet d'éliminer les pratiques contraires à la libre concurrence sur le marché. Premièrement, selon moi, on ne peut contester (et on ne l'a pas fait non

this legislative purpose serves important socio-economic interests. Second, the existence of a mechanism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. That the mandatory production of corporate documents is rationally connected to the Act's main purpose is in my view clear. In *Hoffmann-La Roche Ltd.*, *supra*, Martin J.A. noted that (at p. 725):

... Parliament evidently considered that ordinary police investigation by the Province would not be effective to investigate the kinds of conduct at which the *Combines Investigation Act* strikes, and which seldom respects provincial boundaries.

I agree with the following submission of the respondents, the Director of Investigation and Research and the Attorney General of Canada:

The *subpoena* power at issue in this appeal is rationally related to the legislative objective reflected in the Act. This information gathering mechanism is essential to the investigation of complex market behaviour including sophisticated trade combinations.

Third, as a means chosen to bring about the legislative end, a subpoena is significantly less intrusive than other alternatives. Although they are functional equivalents, a requirement to produce documents impairs considerably less on a corporation's or an individual's privacy than the actual entry into, and search of, its place of business or home. This is especially so, in the case of corporations, since, for the reasons given above, a corporation's privacy interest with respect to a request for documents is relatively low. In my opinion, in this respect, a more stringent test of reasonableness would be appropriate if the impairment was more severe, such as was the case in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Fourth, while there is no express condition precedent to the issuance of the subpoena, the order can be contested and reviewed before an impartial judicial officer. Section 17(3), which was referred to earlier, provides that no member of the Commission shall punish individuals for contempt unless a judge of the Federal Court has certified that this power can be exercised. As a result, an

plus devant nous) que l'objet de la Loi sert des intérêts socio-économiques importants. Deuxièmement, de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Il est clair, selon moi, que la production obligatoire des documents d'une société est logiquement liée à l'objet principal de la Loi. Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd.*, précité, le juge Martin souligne (à la p. 725):

[TRADUCTION] ... le législateur a manifestement considéré que les enquêtes policières ordinaires menées par la province ne seraient pas efficaces pour enquêter sur les types de conduite que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* vise et qui respectent rarement les limites des provinces.

Je souscris à l'argument suivant des intimés, le directeur des enquêtes et recherches et le procureur général du Canada:

[TRADUCTION] Le pouvoir de délivrer un subpoena dont il est question ici est logiquement lié à l'objectif reflété dans la Loi. Ce mécanisme de cueillette de renseignements est essentiel aux enquêtes portant sur des pratiques marchandes complexes, dont les complots commerciaux sophistiqués.

Troisièmement, comme moyen de réaliser l'objectif de la Loi, le subpoena occasionne une ingérence beaucoup moindre que tout autre mécanisme. Bien que l'un et l'autre soient équivalents sur le plan pratique, l'obligation de produire des documents porte une atteinte beaucoup moins grave à la vie privée d'une société ou d'un particulier que la perquisition de ses bureaux ou de son domicile. Cela est particulièrement vrai dans le cas des sociétés commerciales car, pour les motifs déjà exposés, le droit à la vie privée d'une société commerciale face à une demande de documents est relativement limité. J'estime qu'à cet égard un test plus strict du caractère raisonnable conviendrait si l'intrusion était plus grave, comme c'était le cas dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Quatrièmement, bien que la délivrance d'un subpoena ne soit soumise à aucune condition préalable explicite, la Loi prévoit la possibilité de contester l'ordonnance et de la faire contrôler par un officier de justice impartial. Le paragraphe 17(3), déjà mentionné, stipule qu'aucun membre de la Commission ne peut punir pour

individual has the option of refusing to comply with an order to testify, at least until the order is brought in review before a judge of the Federal Court. A hearing is provided for the review. I agree with Sopinka J. that a judge sitting in review has significant powers which at least prevent the orders to be used in a "fishing expedition" by the Commission. The review thus provides a safeguard to ensure that s. 17 orders are issued for the sole purpose of advancing the regulatory aims of the Act.

Commissions of inquiry and other investigative agencies serve a useful purpose in our legal tradition. As noted by the Law Reform Commission (op. cit., at p. 63):

For the reasons given, there is no doubt that commissions of inquiry serve a useful purpose. Yet, they can be a waste of time if they are inefficient or lacking in powers, or dangerous if they have immense powers that are not wisely used.

To require the Commission to resort to courts in order to obtain a warrant and, in so doing, to have to establish "reasonable and probable grounds . . . to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found" (*Hunter, supra*, at p. 168), I venture to say, would only defeat the purpose of the Act which is to investigate allegations of wrongdoing and report its evidentiary findings. This sets too high a threshold in the context of a *subpoena duces tecum* under s. 17 of the Act.

Between an outright search and seizure and a *subpoena duces tecum*, which in the limit may fall within the definition of a seizure for *Charter* purposes, there is a difference in degrees which must be reflected in the standard of reasonableness to be applied. That is, in my view, what a reasonable expectation of privacy means in the context of the Act.

outrage à moins qu'un juge de la Cour fédérale n'ait certifié que ce pouvoir peut être exercé. En conséquence, un particulier a le choix de refuser de se conformer à une ordonnance de témoigner du moins jusqu'à ce que l'ordonnance ait fait l'objet d'un contrôle par un juge de la Cour fédérale. La tenue d'une audition est prévue pour procéder à ce contrôle. Je partage l'avis du juge Sopinka que le juge qui procède à un tel contrôle a des pouvoirs importants qui empêchent à tout le moins la Commission de recourir à ces ordonnances pour se lancer dans une «expédition de pêche». Ce contrôle permet donc d'assurer que les ordonnances délivrées en vertu de l'art. 17 ne visent qu'à promouvoir les objectifs de réglementation de la Loi.

Les commissions d'enquête et les autres organismes d'investigation ont leur utilité dans notre tradition juridique. Comme le souligne la Commission de réforme du droit (*op. cit.*, à la p. 67):

Pour les raisons que nous avons exposées, les commissions consultatives et les commissions d'enquête sont certainement des institutions utiles. Néanmoins, elles peuvent perdre tout intérêt si elles sont inefficaces ou si leurs pouvoirs sont insuffisants; elles peuvent aussi constituer un danger si elles ont des pouvoirs exorbitants qu'elles exercent de manière inconsidérée.

Exiger que la Commission s'adresse aux tribunaux pour obtenir un mandat et, pour ce faire, prouve l'existence «de motifs raisonnables et probables [. . .] de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent [dans un] endroit» (arrêt *Hunter*, précité, à la p. 168) ne ferait selon moi qu'aller à l'encontre de l'objectif de la Loi qui est d'enquêter sur des allégations d'activités prohibées et de faire rapport des conclusions de l'enquête. C'est là fixer une norme trop élevée dans le contexte de *subpoenae duces tecum* délivrés en vertu de l'art. 17 de la Loi.

Entre une fouille, une perquisition ou une saisie pure et simple et un *subpoena duces tecum* qui, à la limite, peut correspondre à une saisie aux fins de la *Charte*, il y a une différence de degré qui doit se refléter dans la norme du caractère raisonnable à appliquer. C'est là, à mon avis, ce qu'une expectativa raisonnable en matière de vie privée signifie dans le contexte de la Loi.

In summary, in assessing the reasonableness of the public interest in the protection of individual privacy in s. 8 of the *Charter*, one must not lose sight that the exercise involves a balancing of interests. No right is absolute and s. 8 of the *Charter* makes this clear by stating that reasonable seizures are not forbidden by the Constitution. The purpose of the legislation under attack is not to be overlooked in the balancing to be done under s. 8. In the specific context of anti-combines legislation, this purpose is especially important since it strikes at a fundamental element of our society, free competition in a market economy. The public interest in the eradication of practices inhibiting free competition must be balanced against the rights of each individual to be free from unwarranted state intrusion into their lives. There is no doubt in my mind that public interest in the freedom and protection of citizens in the market-place prevails over the minimal infringement of the privacy interests of those required to disclose information of an economic nature.

As a result, I conclude that, in so far as it requires the production of documents, s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*. As far as corporations are concerned, s. 7 is not applicable to them. With regards to individuals in their personal capacity, it would be surprising indeed, if not paradoxical, if a witness not covered by s. 13 of the *Charter* could enjoy a wider protection under the residual protection of s. 7 of the *Charter* than is available to a "witness who testifies in any proceedings" under s. 13 of the *Charter*. In my view, the protection of s. 13 excludes documentary evidence such as the one contemplated by s. 17 of the Act, and s. 7 is similarly restricted.

As regards s. 8 of the *Charter*, while I agree that *subpoenae duces tecum* may constitute "seizures" for the purpose of that provision, given the important objectives of the Act, the nature of the regulatory scheme here in place and the means necessary to reach these objectives, the subpoena's low degree of intrusiveness, the safeguards provided in the Act in this connection, and, in the case of

En résumé, pour évaluer le caractère raisonnable de l'intérêt qu'a le public à la protection de la vie privée des particuliers en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, il faut garder présent à l'esprit que cet exercice comporte la recherche d'un équilibre entre des droits. Aucun droit n'est absolu et l'art. 8 de la *Charte* l'indique clairement en affirmant que la Constitution n'interdit pas les saisies raisonnables. Il ne faut pas oublier l'objectif de la disposition législative contestée dans la recherche de l'équilibre qu'exige l'art. 8. Dans le contexte précis des dispositions législatives interdisant les coalitions, cet objectif est particulièrement important puisqu'il touche un élément fondamental de notre société, soit la libre concurrence dans une économie de marché. L'intérêt qu'a le public à l'élimination de pratiques contraires à la libre concurrence doit s'évaluer en fonction des droits des particuliers à l'abri des immixtions injustifiées de l'État dans leur vie. Je ne doute nullement que l'intérêt public à la liberté et à la protection des citoyens sur le marché l'emporte sur l'atteinte minimale aux droits à la vie privée de ceux qui sont tenus de révéler des renseignements de nature économique.

En définitive, je conclus que, dans la mesure où il exige la production de documents, l'art. 17 de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Quant aux personnes morales, l'art. 7 ne s'y applique pas. Pour ce qui est des personnes physiques, agissant à titre personnel, il serait vraiment étonnant, sinon paradoxal, qu'un témoin auquel l'art. 13 de la *Charte* ne s'applique pas puisse jouir d'une protection plus grande en vertu de la protection résiduelle de l'art. 7 de la *Charte* que celle dont jouit le témoin visé à l'art. 13. À mon avis, la protection de l'art. 13 ne s'applique pas à la preuve documentaire comme celle envisagée par l'art. 17 de la Loi, et l'art. 7 comporte la même restriction.

Pour ce qui est de l'art. 8 de la *Charte*, tout en reconnaissant que les *subpoenae duces tecum* peuvent constituer des «saisies» pour les fins de cette disposition, vu les objectifs importants de la Loi, la nature du régime de réglementation en vigueur ici et les moyens nécessaires pour réaliser ces objectifs, le degré minime d'immixtion du subpoena dans la vie privée des gens, les garanties offertes

corporations, their low expectation of privacy with respect to requests for economic information, I conclude that *subpoenae duces tecum* issued under s. 17 of the Act do not constitute “unreasonable” seizures.

For these reasons, I am of the view that, in so far as it requires the production of documents, s. 17 of the Act does not infringe upon either s. 7 or 8 of the *Charter*.

III. Conclusion

On the whole, I find that s. 17 of the Act, both as regards testimonial and documentary evidence, infringes neither s. 7 nor s. 8 of the *Charter*. Accordingly it is not necessary to deal with the arguments based on s. 1 of the *Charter*.

I would dismiss this appeal with costs throughout and I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting in part)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Justice Wilson and I agree with her that s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the “Act”), violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in particular the principle of fundamental justice in which the right to remain silent is embodied. I would limit the extent of the invalidity of s. 17 to the provisions of it that compel testimony. In my opinion, to the extent that s. 17 compels production of documents, it is not invalid either as contravening the privilege against self-incrimination, the right to remain silent, or s. 8 of the *Charter*.

Purpose of the Act

The most recent statement of this Court of the purpose of the Act is contained in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 676:

The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an

par la Loi à cet égard et, dans le cas des sociétés commerciales, leurs attentes limitées en matière de respect de leur vie privée face à des demandes de renseignements économiques, je conclus que les *a subpoenae duces tecum* délivrés en vertu de l’art. 17 de la Loi ne constituent pas des saisies «abusives».

Pour ces motifs, je suis d’avis que, dans la mesure où il exige la production de documents, l’art. 17 de la Loi ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 8 de la *Charte*.

III. Conclusion

Dans l’ensemble, je conclus que l’art. 17 de la Loi ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 8 de la *Charte* en ce qui concerne la preuve testimoniale et la preuve documentaire. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’examiner les moyens fondés sur l’article *d* premier de la *Charte*.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

e Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident en partie)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de jugement du juge Wilson et je suis d’accord avec elle pour dire que *f* l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (la «Loi»), viole l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, le principe de justice *g* fondamentale que représente le droit de garder le silence. Quant à moi, je n’invaliderais que les dispositions de l’art. 17 qui obligent à témoigner. À mon avis, dans la mesure où il contraint à produire des documents, l’art. 17 n’est pas invalide *h* pour cause de violation du privilège de ne pas s’incriminer, du droit de garder le silence ou de l’art. 8 de la *Charte*.

L’objet de la Loi

i C’est dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 676, qu’on trouve l’énoncé le plus récent de l’objet de la Loi par notre Cour:

j La Loi a pour objet d’éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme

investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition.

Section 17 is a very important tool in the arsenal of the Director of Investigation and Research in the conduct of investigations. The activity which is almost invariably the target of investigation under the Act is that of the business community. Persons examined under s. 17 are employees, directors and officers of corporations. The documents of which production is sought are generally corporate records and other documents generated in the conduct of business. When charges are laid the accused are corporations. Very rarely are individuals included, although the Act is clear that individuals may be liable.

The Issues

The submission of the appellants is that s. 17 is invalid on two grounds:

1. To the extent that it compels testimony and documents from potential suspects, it violates the privilege against self-incrimination and the right to remain silent and therefore contravenes s. 7 of the *Charter*;
2. To the extent that it authorizes an order to be made for the production of books, papers, records and other documents, it purports to sanction an unreasonable seizure and is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

The Right to Remain Silent and Section 7

I accept the respondents' submission that the privilege against self-incrimination *qua* witness is limited by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5). That provision abolished the right of a witness to object to answer questions which might incriminate the witness but substituted protection against subsequent use of the witness's testimony. This provision, but in somewhat wider form, has been given *Charter* recognition in s. 13 (see McIntyre J. in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.) The terminology used in the cases has not

d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence.

^a L'article 17 est un outil très important dont dispose le directeur des enquêtes et recherches pour procéder à des enquêtes. Ce sont presque toujours les activités du milieu des affaires qui font l'objet d'enquêtes menées en vertu de la Loi. Les personnes interrogées en vertu de l'art. 17 sont les employés, les administrateurs et les cadres de sociétés. Les documents dont on cherche à obtenir la production sont généralement les archives d'une société et d'autres documents établis dans le cours des affaires. Quand des accusations sont portées, elles le sont contre des sociétés. Il est très rare que des personnes physiques soient inculpées, quoique la Loi prévoit expressément cette possibilité.

Les questions en litige

Les appelants font valoir que l'art. 17 est invalide à deux égards:

- ^e 1. Dans la mesure où il contraint des suspects éventuels à témoigner et à produire des documents, il porte atteinte au privilège de ne pas s'incriminer et au droit de garder le silence et va en conséquence à l'encontre de l'art. 7 de la *Charte*;
- ^f 2. Dans la mesure où il permet de rendre une ordonnance enjoignant de produire des livres, documents, archives et autres pièces, il a pour effet de sanctionner une saisie abusive et est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

Le droit de garder le silence et l'art. 7

^g Je retiens l'argument des intimés selon lequel l'étendue du privilège de ne pas s'incriminer en tant que témoin est limitée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5). Cette disposition est venue supprimer le droit d'un témoin de refuser de répondre à des questions susceptibles de l'incriminer, mais y a substitué une protection contre l'utilisation ultérieure de son témoignage. Cette disposition, quoique sous une forme plus générale, se trouve consacrée à l'art. 13 de la *Charte* (voir les motifs du juge McIntyre dans

always distinguished between the privilege against self-incrimination and the right to remain silent. The privilege against self-incrimination is often used as a general term embracing aspects of the right to remain silent. In origin they derive from the principle *nemo tenetur seipsum accusare*. Nevertheless, in modern usage, the privilege against self-incrimination is limited to the right of an individual to resist testimony as a witness in a legal proceeding. A privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court. A modern statement of the privilege emphasizing its application in juridical proceedings is contained in the judgment of Goddard L.J. in *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253. He stated, at p. 257:

... the rule is that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose the deponent to any criminal charge, penalty or [in a criminal case] forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be preferred or sued for.

The right to remain silent is the basis for the non-compellability of the accused as a witness at trial but it extends beyond the witness box. In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94, Martin J.A. outlined its scope:

The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. The right operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage.

Indeed it is the basis for the rule that silence of the person in the face of an accusation by or in the presence of the police cannot serve as evidence against the accused. In *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), evidence was admitted at trial that the accused chose to say nothing after the charge and standard caution were read to him. A new trial was ordered by the Court of Appeal for Ontario. At page 227, Martin J.A. said:

l'affaire *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377). Or, les décisions dans leur libellé n'ont pas toujours fait de distinction entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence.

a Le privilège de ne pas s'incriminer est souvent employé dans un sens général englobant certains aspects du droit de garder le silence. Ils ont leur origine dans le principe *nemo tenetur seipsum accusare*. De nos jours néanmoins, le privilège de ne pas s'incriminer se limite au droit d'un particulier de refuser de déposer en qualité de témoin dans une procédure judiciaire. Un privilège est une règle d'exclusion en matière de preuve que l'on peut à bon droit invoquer devant un tribunal. Les motifs du lord juge Goddard dans l'affaire *Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.*, [1942] 2 K.B. 253, contiennent un énoncé moderne de ce privilège qui souligne son applicabilité dans des procédures judiciaires. Celui-ci affirme, à la p. 257:

[TRADUCTION] ... la règle veut que personne ne soit obligé de répondre à une question si, de l'avis du juge, la réponse à celle-ci tend à exposer le déposant à une accusation criminelle, à une pénalité, ou [dans une affaire criminelle] à une confiscation, qui, selon le juge, donnerait vraisemblablement lieu à un acte d'accusation ou à une poursuite.

Le droit de garder le silence constitue le fondement de la non-contrainnabilité d'un accusé à témoigner à son procès, mais ce n'est pas uniquement à la barre des témoins qu'on peut s'en prévaloir. Dans l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 94, le juge Martin de la Cour d'appel précise la portée de ce droit:

[TRADUCTION] Le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence est profondément enraciné dans notre tradition juridique. Dans le processus criminel, le droit en question produit ses effets tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès.

En fait, c'est le fondement de la règle portant que le silence d'une personne face à une accusation portée contre elle par la police ou en présence de celle-ci ne saurait servir de preuve contre cette personne. Dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), on avait admis en preuve au procès que l'accusé avait choisi de garder le silence après qu'on lui eut lu l'accusation et la mise en garde usuelle. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Martin affirme, à la p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right. We think that in the absence of some issue arising in the case which makes the statement of an accused, following the giving of a caution, that he has nothing to say relevant to that issue, such evidence is inadmissible. In the present case there was no issue with respect to which the appellant's failure to reply was relevant and the evidence should not have been tendered: see *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

Further, in the present case there was no instruction to the jury that the accused had the right to remain silent and that they were not entitled to draw any adverse inference from the fact that counsel had advised him not to make a statement following the giving of the caution.

To the same effect are *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (Ont. C.A.); at p. 283; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), at p. 283; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (Ont. C.A.), at p. 143; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.); *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.); and *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.)

In *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, Estey J. recognized the right to remain silent in the following uncompromising terms (at p. 258):

One of the main bastions of the criminal law is the right of the accused to remain silent. In the coldest practical terms, that right, so long as it remains unaltered by Parliament, may not be reduced, truncated or thinned out by provincial action.

The Court of Appeal in this case (1986), 57 O.R. (2d) 257 acknowledged its existence in the following passage at p. 262:

In my view the right must be restricted to police inquiries and the like and the trial proceedings themselves.

The distinction between the privilege and the right is clearly made in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763. At page 768 and pp. 770-71, Dickson J. (as he then was) stated:

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit. Nous croyons que cette preuve est inadmissible en l'absence, dans l'affaire, d'une question qui rende pertinente à celle-ci la déclaration d'un accusé qu'il n'a rien à dire suite à la mise en garde. En l'espèce, il n'y avait pas de question à laquelle était pertinente l'omission de répondre de l'appelant et la preuve n'aurait pas dû être présentée: voir *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385, 29 C.R.N.S. 141.

De plus, les membres du jury n'ont pas reçu en l'espèce de directive portant que l'accusé avait le droit de garder le silence et qu'ils ne pouvaient pas tirer de conclusion défavorable du fait que l'avocat lui avait conseillé de ne rien dire suite à la mise en garde.

On trouve dans le même sens les arrêts *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (C.A. Ont.), à la p. 283, *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), à la p. 283, *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (C.A. Ont.), à la p. 143, *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), et *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.)

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, le juge Estey est formel sur l'existence du droit de garder le silence (à la p. 258):

Un des principaux bastions du droit criminel est le droit de l'accusé de se taire. En termes pratiques, tant que ce droit n'est pas modifié par le Parlement, il ne peut être diminué, tronqué ni altéré par une province.

La Cour d'appel en l'espèce (1986), 57 O.R. (2d) 257, en reconnaît l'existence dans le passage suivant qui se trouve à la p. 262:

[TRADUCTION] À mon avis, l'application de ce droit doit se limiter aux enquêtes policières et à d'autres enquêtes du même genre ainsi qu'au procès lui-même.

La distinction entre le privilège et le droit est clairement établie dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763. À la page 768 et aux pp. 770 et 771, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) affirme:

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas

answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition. The extent of the maxim is stated in *Broom's Legal Maxims* (10th ed.) as follows, pp. 660-661:

It may be stated as a general rule that *a witness in any proceeding* is privileged from answering, not merely where his answer will criminate him directly but also where it may have a tendency to criminate him.

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements . . . and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle. [Emphasis in original.]

This distinction answers the concerns of my colleague, Lamer J., about s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* which deals purely and simply with the privilege against self-incrimination. To the extent that it narrowed the common law, it could not be said to violate s. 7 because the privilege against self-incrimination is specifically dealt with in s. 13 of the *Charter* and no residue of it is left to s. 7.

The testimonial aspect of the right to remain silent is specifically included in s. 11(c) of the *Charter*. This is an illustration of the kinds of rights that are included in the more expansive provisions of s. 7 of the *Charter*: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, *per* Lamer J. It would be strange indeed if the other important aspect of this fundamental principle of the common law, the right of a suspect to remain silent during the investigative stage, were not included in s. 7. In my opinion, this right has the status of a principle of fundamental justice, and it is therefore included in s. 7, the repository of many of our basic rights which are not otherwise specifically enumerated. In adopting the

répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale. La portée de la maxime est énoncée dans *Broom's Legal Maxims* (10^e éd.) comme suit, aux pp. 660-661:

[TRADUCTION] On peut énoncer comme principe général qu'*un témoin dans toute procédure* a le droit de ne pas répondre, non seulement lorsque sa réponse l'incriminerait directement mais aussi lorsqu'elle pourrait tendre à l'incriminer.

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations [...] et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal. [En italique dans l'original.]

Cette distinction répond aux inquiétudes exprimées par mon collègue le juge Lamer au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui porte purement et simplement sur le privilège de ne pas s'incriminer. Dans la mesure où il restreint la common law, on ne peut pas dire qu'il viole l'art. 7 étant donné que l'art. 13 de la *Charte* traite spécifiquement du privilège de ne pas s'incriminer dont on ne trouve aucun reliquat à l'art. 7.

L'aspect testimonial du droit de garder le silence est expressément inclus à l'al. 11(c) de la *Charte*. Il s'agit là d'un exemple du genre de droits qui sont inclus dans les dispositions plus larges de l'art. 7 de la *Charte*: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer. Il serait donc bien étrange si l'autre aspect important de ce principe fondamental de la common law, savoir le droit d'un suspect de garder le silence au cours du déroulement de l'enquête, n'était pas inclus à l'art. 7. À mon avis, ce droit constitue un principe de justice fondamentale et est donc compris dans l'art. 7, lequel renferme un bon nombre de nos droits fondamentaux qui ne se trouvent pas spécifiquement énumérés ailleurs. En

wording of s. 24(2), the framers of the *Charter* were concerned with the question of the admissibility of evidence obtained by illegal conduct, and in particular, derivative evidence discovered as a result of a confession obtained by unlawful means. On the one hand, this Court in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, affirmed that relevant evidence obtained by means of an inadmissible confession was admissible and that the trial judge had no discretion to exclude it unless it had trivial probative value but was highly prejudicial. Such evidence was and is admitted under the law of England. On the other hand, in the United States, evidence obtained as a result of a breach of constitutional rights is inadmissible: see *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); but see *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). The most common context in which this problem had arisen both here and in the United States was an involuntary confession obtained by threats or other forms of coercion by persons in authority.

Section 24(2) has been regarded as a compromise between these two positions. Evidence obtained in a manner that violates any of the rights or freedoms in the *Charter* is excluded if its admission could bring the administration of justice into disrepute. If the right to remain silent is not in s. 7, there would ordinarily be no *Charter* breach in the obtaining of an involuntary confession. Derivative evidence would continue to be admitted automatically under the *Wray* decision notwithstanding that its admission would bring the administration of justice into disrepute. What was thought to be the solution, through compromise, to the difficult problem referred to above will have failed.

The following passage from the reasons of Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), is a fine example of the operation of the application of this compromise in practice. At page 539, Cory J.A. stated:

formulant le par. 24(2), les rédacteurs de la *Charte* étaient préoccupés par la question de l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus au moyen d'actes illégaux et, en particulier, de la preuve dérivée qu'on a pu recueillir par suite d'une confession arrachée à une personne par des méthodes illicites. D'une part, notre Cour, dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, a confirmé qu'une preuve pertinente obtenue grâce à un aveu inadmissible était elle-même admissible et que le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de l'exclure à moins qu'elle ne soit de faible valeur probante et en même temps hautement préjudiciable. Une telle preuve était admissible en vertu du droit d'Angleterre et l'est encore. Aux États-Unis par contre, la preuve recueillie par suite de la violation de droits constitutionnels est inadmissible: voir *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), mais voir *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Le contexte le plus usuel dans lequel ce problème s'était posé tant au Canada qu'aux États-Unis était celui d'une confession involontaire obtenue par des menaces ou d'autres formes de contrainte exercée par des personnes en situation d'autorité.

Le paragraphe 24(2) a été considéré comme un compromis entre ces deux positions. Les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* sont écartés si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si l'art. 7 ne comportait pas de droit de garder le silence, il n'y aurait pas normalement de violation de la *Charte* dans le cas de l'obtention d'une confession involontaire. La preuve dérivée continuerait à être admise automatiquement en vertu de l'arrêt *Wray*, et ce, malgré le fait que son admission serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le compromis par lequel on croyait résoudre le problème épineux évoqué ci-dessus aura donc échoué.

L'extrait suivant des motifs rédigés par le juge Cory de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge puîné de notre Cour) dans l'affaire *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), est un bon exemple de l'application pratique de ce compromis. Le juge Cory affirme, à la p. 539:

The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law. It follows that the protection given by this principle must come within the purview of s. 7 of the Charter. The rule enunciated by the Supreme Court of Canada in *Wray* has, of course, been abrogated by s. 24(2) of the Charter where evidence has been obtained in a manner that infringes or denies any rights or freedoms guaranteed by the Charter. In light of that conclusion, it can be seen that, dependent upon the circumstances, the real evidence obtained as a result of a violation of the right to remain silent may also be inadmissible if to admit such evidence would bring the administration of justice into disrepute.

If the right to remain silent was not included in s. 7, the Court of Appeal in this case would have been bound to apply the *Wray* principle.

If I am correct in this conclusion then, to paraphrase Estey J. in *Keable, supra*, the right to remain silent may not be reduced, truncated or thinned out by federal or provincial action.

It is not necessary to dwell on the precise limits of the right to remain silent which is included in s. 7. It is sufficient for the purpose of this appeal to state that it is a right not to be compelled to answer questions or otherwise communicate with police officers or others whose function it is to investigate the commission of criminal offences. The protection afforded by the right is not designed to protect the individual from the police *qua* police but from the police as investigators of criminal activity. As with the privilege against self-incrimination, the right to remain silent protects the individual against the affront to dignity and privacy which results if crime enforcement agencies are allowed to conscript the suspect against himself or herself. If this right is protected by the *Charter*, then it follows that neither the provinces nor the federal government can transfer the investigative function, which is normally carried out by the police, to other agents who are empowered by statute to force suspects or potential suspects to testify.

[TRADUCTION] Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui, depuis fort longtemps, fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit. Il s'ensuit que la protection accordée par ce principe doit relever de l'art. 7 de la Charte. Bien entendu, la règle énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wray* a été abrogée par le par. 24(2) de la Charte dans les cas où des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à des droits ou libertés garantis par la Charte. Compte tenu de cette conclusion, on constate que, selon les circonstances, la preuve matérielle recueillie par suite de la violation du droit de garder le silence peut également être frappée d'inadmissibilité si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Si le droit de garder le silence n'était pas inclus à l'art. 7, la Cour d'appel, dans cette affaire, n'aurait pas eu d'autre choix que d'appliquer le principe de l'arrêt *Wray*.

Si ma conclusion sur ce point est bien fondée, alors, pour paraphraser ce que dit le juge Estey dans l'arrêt *Keable*, précité, le droit de garder le silence ne peut être diminué, tronqué ni altéré par le fédéral ou par une province.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les limites précises du droit de garder le silence que comporte l'art. 7. Il suffit aux fins du présent pourvoi de dire qu'il s'agit d'un droit de ne pas être contraint de répondre à des questions ou de communiquer de quelque autre manière avec des policiers ou d'autres personnes chargées d'enquêter sur la perpétration d'infractions criminelles. Ce droit est destiné à protéger les particuliers non pas contre les policiers en tant que tels mais contre les policiers agissant en qualité d'enquêteurs en matière criminelle. Tout comme le privilège de ne pas s'incriminer, le droit de garder le silence protège les individus contre la violation de la dignité et de la vie privée qui résulte s'il est permis aux organismes chargés de la répression du crime de faire témoigner le suspect contre lui-même. Si c'est là un droit garanti par la *Charte*, il s'ensuit que ni les provinces ni le gouvernement fédéral ne sauraient confier la fonction d'enquête normalement exercée par la police à d'autres personnes légalement autorisées à forcer des suspects réels ou éventuels à témoigner.

Grange J.A. in his reasons in the Court of Appeal was of the view that there was no restraint on Parliament in this regard. He stated (at p. 262):

The record of federal (and even provincial) Royal Commissions is replete with instances of inquiries into general and specific crime with the suspects compelled to testify. The limitations expressed with respect to certain lines of inquiry in *Di Iorio and Fontaine v. Warden of the Common Jail of Montreal and Brunet et al.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 491, 33 C.C.C. (2d) 289, [1978] 1 S.C.R. 152 and *A.-G. Qué. and Keable v. A.-G. Can. et al.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 161, 43 C.C.C. (2d) 49, [1979] 1 S.C.R. 218, resulted from the fact that those were provincial inquiries and the applicable provincial Inquiries Act could not transgress upon the federal power over criminal law and procedure.

The cases cited were decided when the only way to protect fundamental rights from provincial legislative invasion was to resort to a division of powers argument. The fact that this bastion of the common law was subject to federal legislation did not detract from the fact that it was nonetheless a principle of fundamental justice. Estey J., in *Keable*, was not called upon to, nor did he, address limitations that might be imposed on the federal power by the *Canadian Bill of Rights* or the *Charter*. The former was not a complete obstacle to federal legislation abrogating a fundamental right because it could be altered by Parliament with the appropriate declaration. The *Charter* was, of course, not in existence.

The *Di Iorio* case, *supra*, referred to by Grange J.A., dealt with the Quebec Inquiry into organized crime. As pointed out by Dickson J. (at p. 201), the provincial inquiry was not set up to inquire "into a particular crime or transaction which later might be the subject of a criminal charge". Rather, its purpose was more general: "to meet the new and malign menace presented by organized crime" (p. 208). Dickson J. rejected the argument that the inquiry was a colourable attempt to set up

Dans ses motifs, le juge Grange de la Cour d'appel se dit d'avis que le Parlement n'est soumis à aucune contrainte à cet égard. Il affirme (à la p. 262):

^a [TRADUCTION] Nombreux sont les cas où des suspects ont été contraints de témoigner devant des commissions royales fédérales (et même provinciales) faisant enquête sur le crime en général et sur des crimes précis. Les restrictions établies relativement à certains modes d'enquête dans les affaires *Di Iorio et Fontaine c. Gardien de la prison commune de Montréal et Brunet et autres* (1976), 73 D.L.R. (3d) 491, 33 C.C.C. (2d) 289, [1978] 1 R.C.S. 152, et *P.G. Qué. et Keable c. P.G. Can. et autres* (1978), 90 D.L.R. (3d) 161, 43 C.C.C. (2d) 49, ^c [1979] 1 R.C.S. 218, procédaient du fait qu'il s'agissait là d'enquêtes provinciales et que la loi provinciale applicable en matière d'enquêtes ne pouvait empiéter sur la compétence fédérale en matière de droit et de procédure criminels.

^d

Les arrêts cités ont été rendus à une époque où la seule façon de protéger les droits fondamentaux contre des atteintes par les législateurs provinciaux consistait à recourir à un argument fondé sur le partage des pouvoirs. Ce bastion de la common law était certes assujéti aux lois fédérales, mais il n'en demeurait pas moins un principe de justice fondamentale. Le juge Estey, dans l'arrêt *Keable*, ^f n'était pas appelé à se pencher sur la question des restrictions que la *Déclaration canadienne des droits* ou la *Charte* pouvaient imposer à la compétence fédérale et il ne l'a pas fait. La *Déclaration canadienne des droits*, étant susceptible de modification par le législateur fédéral pourvu qu'il fasse la déclaration appropriée, ne présentait pas un empêchement absolu à l'adoption d'une loi fédérale supprimant un droit fondamental. La *Charte*, ^g évidemment, n'existait pas encore.

^h

L'affaire *Di Iorio*, précitée, à laquelle s'est référé le juge Grange, concernait une enquête québécoise sur le crime organisé. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson (à la p. 201), l'enquête provinciale n'avait pas pour but la «recherche d'un crime ou d'une infraction spécifique qui pourrait plus tard faire l'objet d'une inculpation criminelle». Son objet était plus général, savoir celui de «faire face à la menace nouvelle et pernicieuse que constitue le crime organisé» (p. 208). Le juge Dickson

a new method of criminal investigation. He stated, at p. 222:

Quebec's Crime Inquiry introduces no new and insidious form of investigation into our judicial system and there is no evidence before the Court that it is a colourable attempt to evade the procedural provisions of the *Criminal Code*.

Dickson J. concluded that the inquiry did not constitute an invasion of the federal government's exclusive authority over criminal law and procedure. In the following conclusion, he emphasized the limits of the Court's power, at the time, to protect fundamental rights (at p. 222):

Whether or not one agrees with a result which may force a person to assist in an investigation of his criminal activity, the provisions of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and both federal and provincial Inquiries Act compel such a result. Quebec's Crime Inquiry introduces no new and insidious form of investigation into our judicial system and there is no evidence before the Court that it is a colourable attempt to evade the procedural provisions of the *Criminal Code*.

These pre-*Charter* cases were concerned with the invasion of the right to remain silent through the use of public inquiries. The only means available to impose limitations on the extent of the infringement was to treat the right as an aspect of the criminal law. Provided that there was no colourable attempt to transfer to an inquiry the investigative powers of the police, the fact that incidental to another purpose some evidence of specific crime was elicited did not encroach upon the federal criminal law power. The impact on the rights of a suspect was cushioned by the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The distinction is aptly illustrated by the case of *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.) An inquiry was established under provincial legislation to inquire into the mysterious deaths of infants at the Hospital for Sick Children in Toronto. A police investigation and criminal charges had failed to identify the perpetrator. An issue arose as to

a rejeté l'argument voulant que l'enquête ait constitué une tentative déguisée de créer une nouvelle méthode d'enquête criminelle. Il affirme, à la p. 222:

^a La Commission d'enquête sur le crime du Québec n'introduit pas dans notre système judiciaire une forme nouvelle ou insidieuse d'enquête et il n'y a rien devant cette Cour qui démontre qu'il s'agit d'une tentative déguisée d'éluder les dispositions du *Code criminel* sur la procédure.

Le juge Dickson a conclu que l'enquête n'empiétait nullement sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit et de procédure criminels. Dans le passage reproduit ci-après, il souligne les limites que connaissait à l'époque le pouvoir qu'avait la Cour de protéger les droits fondamentaux (à la p. 222):

^c Qu'on soit ou non d'accord avec une conclusion qui peut obliger une personne à collaborer à une enquête portant sur ses propres activités criminelles, les dispositions de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des lois sur les enquêtes tant fédérales que provinciales ont nécessairement cet effet. La Commission d'enquête sur le crime du Québec n'introduit pas dans notre système judiciaire une forme nouvelle ou insidieuse d'enquête et il n'y a rien devant cette Cour qui démontre qu'il s'agit d'une tentative déguisée d'éluder les dispositions du *Code criminel* sur la procédure.

Ces décisions antérieures à la *Charte* portaient sur la violation du droit de garder le silence par le recours à des enquêtes publiques. Le seul moyen dont on disposait pour limiter l'ampleur des violations consistait à subsumer ce droit sous le droit criminel. Pourvu qu'il n'y ait pas eu de tentative déguisée d'investir une commission d'enquête des pouvoirs d'enquête détenus par la police, le fait d'obtenir accessoirement à la réalisation d'un autre objet des éléments de preuve relatifs à un crime précis ne constituait pas un empiètement sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. L'impact que cela pouvait avoir sur les droits d'un suspect était atténué par l'effet de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'affaire *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), illustre bien cette distinction. Là on avait institué en vertu d'une loi provinciale une enquête sur la mort mystérieuse d'enfants en bas âge survenue à l'Hôpital pour enfants malades de Toronto. Une enquête

whether the Commissioner could inquire and report on the identity of any person involved in the non-accidental death of any infant or, to use the short form, whether he could "name names". In concluding that the Commissioner could not, the court stated at pp. 215-16:

A public inquiry is not the means by which investigations are carried out with respect to the commission of particular crimes Such an inquiry is a coercive procedure and is quite incompatible with our notion of justice in the investigation of a particular crime and the determination of actual or probable criminal or civil responsibility.

Accordingly, the inquiry was limited to the more general question as to how the infants died without identifying specific crimes and the perpetrator of specific crimes.

Obtaining evidence from suspects as a basis for commencing criminal proceedings is not a merely incidental effect of s. 17 of the Act. In this field of anti-competitive crime the police work is carried out largely, if not exclusively, by the Director and his staff. Although s. 17 has other purposes, an important one is to aid the Director and his staff in investigating specific crimes. To this extent, the hearing officer is a policeman armed with a subpoena. Unless we are prepared to uphold legislation that provides the police generally with such powers, s. 17 cannot stand. Parliament has not separated out of s. 17 its use for different purposes, many of which would not violate the right to remain silent. Accordingly, the whole of the provision relating to the compulsion of testimony violates s. 7.

I agree with Wilson J. for the reasons expressed by her that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, and s. 17 to the extent of its inconsistency with s. 7 must be struck down.

policrière avait été tenue et des accusations criminelles portées, mais on n'avait pu déterminer l'auteur du crime. Une question s'est posée quant à savoir si le commissaire pouvait enquêter et faire rapport sur l'identité de toute personne mêlée à la mort non accidentelle d'un enfant en bas âge ou, en bref, s'il pouvait [TRADUCTION] «donner des noms». En concluant que le commissaire ne le pouvait pas, la cour a affirmé, aux pp. 215 et 216:

[TRADUCTION] La tenue d'une enquête publique n'est pas le moyen auquel il convient d'avoir recours pour enquêter sur la perpétration de crimes particuliers [. . .] Une telle enquête revêt un caractère coercitif et à ce titre est tout à fait incompatible avec notre notion de justice dans le cadre d'une enquête sur un crime particulier et dans la détermination de qui en est, en fait ou probablement, criminellement ou civilement responsable.

Par conséquent, l'enquête, plutôt que de relever des crimes précis et d'en identifier l'auteur, était limitée à la question générale de savoir comment les enfants étaient morts.

L'obtention par le témoignage de suspects d'éléments de preuve pouvant justifier des poursuites criminelles n'est pas un effet purement accessoire de l'art. 17 de la Loi. Dans le domaine des crimes visant à éliminer la concurrence, le travail policier est effectué principalement, sinon exclusivement, par le directeur et son personnel. Quoique l'art. 17 vise d'autres objets, celui d'aider le directeur et son personnel à enquêter sur des crimes précis est important. Dans cette mesure, le fonctionnaire qui procède à l'enquête est un policier muni d'un subpoena. Or, à moins qu'on ne soit prêt à maintenir une loi qui investit la police en général de tels pouvoirs, l'art. 17 ne saurait subsister. Comme le Parlement n'énumère pas à l'art. 17 les différentes fins auxquelles il peut servir, bon nombre desquelles ne porteraient pas atteinte au droit de garder le silence, l'ensemble de la disposition créant une obligation de témoigner viole l'art. 7.

À l'instar du juge Wilson et pour les mêmes motifs, j'estime que cette violation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et que l'art. 17 doit dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 7 être invalidé.

Production of Documents and Section 7

The appellants submitted that the right to remain silent and the privilege against self-incrimination protect a suspect not only from compelled testimony but also from compelled production of documents. Accordingly they urged the Court to strike down not only the provisions of s. 17 relating to oral testimony but those relating to production of documents as well.

In my opinion, this proposition is not supported either on the basis of the origin, the rationale or the application in Canada of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination. The origin of these principles is usually attributed to the revulsion occasioned by the procedures of the Star Chamber. These were coercive procedures relating to oral testimony. In a unanimous judgment of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40, the dominant rationale underlying the rules against self-incrimination was stated to be:

... the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth.

In her reasons, my colleague expresses it as follows (at p. 480):

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth.

The distinction between evidence that is brought into existence by conscripting the accused against himself or herself and obtaining pre-existing evidence which is in the possession of the accused is one that permeates our law. Lamer J. applied this distinction in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in outlining the factors to be considered in applying s. 24(2) of the *Charter*. He stated, at p. 284:

La production de documents et l'art. 7

Les appelants ont fait valoir que le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer soustrairaient un suspect non seulement à l'obligation de témoigner mais aussi à celle de produire des documents. Ils ont en conséquence invité la Cour à invalider non seulement les dispositions de l'art. 17 relatives aux témoignages oraux, mais également celles concernant la production de documents.

À mon avis, cette proposition n'est justifiée ni par l'origine, ni par la raison d'être, ni par l'application au Canada du droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer. On attribue habituellement l'origine de ces principes à la répugnance suscitée par les procédures de la Chambre Étoilée, lesquelles étaient des procédures de contrainte relatives aux témoignages oraux. Notre Cour, dans l'arrêt unanime *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la p. 40, affirme que la principale raison d'être des règles interdisant l'auto-incrimination est:

... [l']atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même.

Dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce, ma collègue s'exprime ainsi (à la p. 480):

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche.

La distinction entre une preuve qui doit son existence au fait que l'accusé a été forcé de témoigner contre lui-même et l'obtention d'une preuve préexistante possédée par l'accusé se retrouve partout dans notre droit. C'est une distinction qu'applique le juge Lamer dans l'affaire *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, en exposant les facteurs à considérer en appliquant le par. 24(2) de la *Charte*. Il dit, à la p. 284:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

Dickson J. drew this distinction in *Marcoux*, *supra*, when he stated, at pp. 770-71:

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements . . . and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle.

It is a distinction that is made virtually every day in connection with police investigations. While suspects are entitled to remain silent, their documents may be seized by means of a search warrant under the *Criminal Code*. No right to remain silent or privilege against self-incrimination will avail to protect against seizure of the documents. Examples abound of the routine admission of documentary evidence which has been seized: see for example *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (Ont. C.A.); and *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (N.S.C.A.)

It might be suggested that this is not due to the absence of a right to the protection of documents

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Le juge Dickson fait la même distinction dans l'arrêt *Marcoux*, précité, lorsqu'il affirme, aux pp. 770 et 771:

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations [. . .] et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal.

Il s'agit d'une distinction qui est faite presque quotidiennement à l'égard d'enquêtes policières. Bien que les suspects aient le droit de garder le silence, leurs documents peuvent être saisis au moyen d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel*. Ni le droit de garder le silence ni le privilège de ne pas s'incriminer ne sert à protéger contre la saisie de documents. Les exemples de la pratique courante qui consiste à admettre des éléments de preuve documentaire obtenus par voie de saisie abondent: voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (C.A. Ont.), et *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (C.A.N.-É.)

On pourrait soutenir que cela s'explique non pas par l'absence de droit à la protection des docu-

but to the uncompromising language of the *Code*. This Court has held, however, that the search warrant provisions of the *Code* must be read subject to the rules of privilege notwithstanding the absence of qualifying words in the provisions themselves: see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. If there had existed a right to protect documents comparable to the right to remain silent, I would have expected some evidence of its assertion. There appears to be none.

I recognize that the act of producing documents may have communicative aspects. Production of a document may be relied on as an admission by the party producing it that the document exists, that it was in his or her possession, and that he or she had knowledge of its contents: see *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (Ont. C.A.); and *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124 (N.S.C.A.) Furthermore, if the party producing them has recognized, adopted or acted on the documents, they will be admissible to prove the truth of their contents: see *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (S.C.) In addition, s. 44(2) of the Act has extended the common law to expand the inferences that may be drawn from the fact of possession of documents. In the United States, although the production of documents is not generally accorded Fifth Amendment protection, communicative aspects of such production by an individual are not admissible against the individual. See *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). It is not necessary or desirable to decide this question in this case. A decision on this question can more appropriately be made if and when communicative aspects arising out of the production of documents are sought to be tendered as evidence by the Crown.

I conclude therefore, on this aspect of the case, that s. 17 of the Act, to the extent that it authorizes an order to compel production of documents, does not contravene s. 7 of the *Charter* and is valid.

ments, mais par les termes catégoriques employés dans le *Code*. Notre Cour a toutefois statué que les dispositions du *Code* relatives aux mandats de perquisition doivent s'interpréter en fonction des règles en matière de communications privilégiées, même si les dispositions elles-mêmes ne prévoient pas de restriction: voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. S'il avait existé un droit de protéger des documents comparable à celui de garder le silence, je me serais attendu à ce qu'on l'invoque. Or, cela ne paraît pas avoir été fait.

Je reconnais que l'acte consistant à produire des documents peut sous certains aspects participer de la communication. La production d'un document peut être considérée comme un aveu par la partie qui le produit que le document existe, que cette partie l'avait en sa possession et qu'elle était au courant de sa teneur: voir *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (C.A. Ont.), et *R. v. Hashem* (1940), 73 C.C.C. 124 (C.A.N.-É.) Par ailleurs, si la partie qui les a produits a reconnu leur existence, les a adoptés ou s'en est autorisée pour agir, les documents seront admissibles pour prouver la véracité de leur contenu: voir *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (C.S.) En outre, le par. 44(2) de la Loi a étendu la common law de manière à élargir la portée des conclusions pouvant être tirées de la possession de documents. Aux États-Unis, quoique la production de documents ne bénéficie généralement pas de la protection du Cinquième amendement, les aspects de cette production par un individu qui tiennent de la communication ne sont pas admissibles en preuve contre ce dernier. Voir *Braswell v. United States*, 108 S. Ct. 2284 (1988). Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de statuer sur cette question en l'espèce. C'est une question qu'il vaudra mieux trancher dans un cas où le ministère public cherchera à produire en preuve par la production de documents des éléments qui tiennent de la communication.

Je conclus en conséquence, sur cet aspect du litige, que l'art. 17 de la Loi, dans la mesure où il permet de rendre une ordonnance enjoignant de produire des documents, ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* et est valide.

Section 8

I respectfully disagree with my colleague Wilson J. that an order under s. 17 of the Act requiring the production of books, papers and records or other documents constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

A starting point in attempting to determine what the framers of the *Charter* meant by the word "seizure" is the statement of Marceau J. (dissenting on this point) in *Ziegler v. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608 (C.A.) In his view, a seizure is "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 630).

While useful, this definition introduces words which themselves require definition. What constitutes "taking hold"? When a demand for production is made and the validity of that demand is by law open to challenge, the demanding authority has no right to take hold of the documents merely upon demand. Accordingly the existence of a right of challenge is crucial in characterizing the nature of the process employed by the demanding authority. It is for this reason that a number of cases have used the *subpoena duces tecum* as the paradigm of a demand for documents that does not constitute a seizure. In *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309 (Div. Ct.), Southey J. held that s. 45 of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, did not authorize a seizure because the section did not allow an officer to actually seize any documents against the will of the custodian. The only recourse of the Director of Employment Standards was to prosecute. The person under investigation could therefore challenge the validity and extent of the demand. At page 311, Southey J. stated:

It appears to us that a person being investigated under this statute, is in a position very similar to that which faces a person served with a *subpoena duces tecum*. If the person served with the subpoena is of the view that the documents he is required to bring are not compellable, either as not being relevant or as being privileged

L'article 8

En toute déférence, je ne partage pas l'avis de ma collègue le juge Wilson selon lequel une ordonnance, en vertu de l'art. 17 de la Loi, enjoignant de produire des livres, documents, archives ou autres pièces constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Pour tenter de déterminer ce que les rédacteurs de la *Charte* ont entendu par le mot «saisie», prenons comme point de départ la déclaration du juge Marceau (dissident sur ce point) dans l'affaire *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 C.F. 608 (C.A.) Selon lui, une saisie est «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 630).

Malgré son utilité, cette définition contient des termes qui doivent eux-mêmes être définis. Qu'est-ce qui constitue une «appropriation»? Quand il y a demande de production et que la validité de cette demande est légalement susceptible de contestation, l'autorité qui fait la demande n'a pas le droit de s'approprier les documents sur simple demande. Par conséquent, l'existence d'un droit de contestation s'avère cruciale pour ce qui est de caractériser la nature de l'acte de procédure employé par l'autorité qui fait la demande. C'est la raison pour laquelle le *subpoena duces tecum* a été retenu dans nombre de décisions comme exemple d'une demande de documents qui ne constitue pas une saisie. Dans l'affaire *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1984), 47 O.R. (2d) 309 (C. div.), le juge Southey a statué que l'art. 45 de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, n'autorisait pas une saisie parce qu'il ne permettait pas à un agent de saisir réellement des documents contre le gré de leur dépositaire. Le directeur des normes d'emploi n'avait d'autre recours que d'intenter des poursuites. La personne faisant l'objet de l'enquête pouvait donc contester la validité et la portée de la demande. À la page 311, le juge Southey affirme:

[TRADUCTION] Il nous semble que la situation d'une personne faisant l'objet d'une enquête en vertu de la présente loi ressemble beaucoup à celle d'une personne qui se voit signifier un *subpoena duces tecum*. Si cette dernière estime qu'elle ne devrait pas être contrainte de produire les documents qu'on exige d'elle, soit parce

or on some other ground, then it is open to him to refuse to bring them and the question of the validity of his refusal may be determined in proceedings to enforce the subpoena.

This is a distinction that was made as well by Strayer J. in *Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153 (F.C.T.D.) At pages 159-60, he stated:

... with respect to section 8, I am satisfied that the obtaining of information by the Minister under subsection 232.1(1) of the *Income Tax Act* does not amount to a "seizure". There is no physical intrusion involved. The taxpayer is required by law to provide the information demanded of him, but he is at liberty to challenge, as he is doing in these proceedings, the validity of the requirements before providing the information.

It was largely on this basis that the majority of the Federal Court of Appeal concluded in *Ziegler, supra*, that an order for production under s. 17 of the Act did not constitute a seizure. Le Dain J. (as he then was) agreed with Hugessen J. in this regard. He stated in part (at p. 618): "In my opinion an order in the nature of a subpoena *duces tecum* is neither a search nor a seizure within the meaning of section 8." *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22 D.L.R. (4th) 520 (Man. C.A.) is to the same effect.

It may be that, once the review procedure is completed and the demanding authority has cleared away all legal impediments to the enforcement of its demand, there is a seizure. This apparently was the case in *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.) See *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (Alta. Q.B.), at pp. 702-3. A decision on this point is not essential in this case. No review procedure has been carried out here and no documents have been produced. The appellants are free to seek judicial review of the s. 17 orders.

qu'ils ne sont pas pertinents, soit parce qu'ils sont privilégiés ou pour quelque autre raison, elle peut alors refuser de les produire et la question de la validité de son refus peut être tranchée dans le cadre de procédures de mise à exécution du subpoena.

Voilà une distinction que fait également le juge Strayer dans la décision *Tyler c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 153 (C.F.S.P.I.) Aux pages 159 et 160, il écrit:

En ce qui concerne [...] l'article 8, je suis convaincu que l'obtention de renseignements par le ministre en vertu du paragraphe 232.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'équivaut pas à une «saisie». Il n'est pas question ici d'intrusion physique: le contribuable est légalement requis de fournir les renseignements exigés mais, avant de s'exécuter, il lui est loisible de contester, comme il le fait en l'espèce, la validité de ces demandes.

C'est surtout sur ce fondement que la Cour d'appel fédérale à la majorité a conclu dans l'affaire *Ziegler*, précitée, qu'une ordonnance de production, rendue en vertu de l'art. 17 de la Loi, ne constituait pas une saisie. Le juge Le Dain (alors juge de la Cour d'appel fédérale), qui partageait l'avis du juge Hugessen sur ce point, a dit notamment (à la p. 618): «À mon avis, une ordonnance de la nature d'un *subpoena duces tecum* ne constitue ni une perquisition ni une saisie au sens de l'article 8.» L'arrêt *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board* (1985), 22 D.L.R. (4th) 520 (C.A. Man.), va dans le même sens.

Il se peut qu'une fois que la procédure de contrôle est terminée et que l'autorité qui fait la demande a dissipé tous les obstacles juridiques à l'exécution de sa demande, il y ait saisie. C'était apparemment le cas dans l'affaire *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.) Voir *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (B.R. Alb.), aux pp. 702 et 703. Une décision sur ce point n'est pas essentielle en l'espèce. Il n'y a eu dans la présente instance aucune procédure de contrôle et aucun document n'a été produit. Les appelants sont libres de demander le contrôle judiciaire des ordonnances rendues en vertu de l'art. 17.

There is no question that an order made under s. 17 is reviewable. Grange J.A. stated at pp. 268-69:

What happens under s. 17 is that an order is issued. An order is of course to be obeyed and if it is obeyed then the consequence is much the same as a seizure under s. 10. But if it is not obeyed no penalty can be imposed without the matter being considered by an impartial judicial arbiter. Moreover, as appears from *Director of Investigation & Research v. Restrictive Trade Practices Com'n et al.*, *supra*, the order can be attacked on motion to review before it takes effect. The result of the order is really no different from that consequent upon the issuance of a *subpoena duces tecum* which can be issued in either civil or criminal proceedings without any requirement of assessing its reasonableness and the conflicting interests of the parties.

It is not necessary to formulate a general rule as to what constitutes a seizure; it is sufficient to say that the s. 8 prohibition does not encompass an order requiring the production of documents so long as the section authorizing the order (or the law apart from that section) gives the person required to produce a reasonable opportunity to dispute the order and prevent the surrender of the documents. That in my view is precisely the position under s. 17.

In *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757 (C.A.), which raises the same issue in relation to s. 231(3) of the *Income Tax Act*, Grange J.A. said this, at p. 760:

As Trainor J. pointed out, the subsection of the *Income Tax Act* is not unqualified or unlimited. It is subject to *certiorari* proceedings wherein the requirement will be tested objectively to determine whether it is authorized by the section and whether it is relevant to the tax liability of a specific person. No "fishing expedition" will be permitted: see *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] S.C.R. 729, 62 D.T.C. 1236, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984) 9 D.L.R. (4th) 1 at p. 7 *et seq.*, [1984] 1 S.C.R. 614 at pp. 623 *et seq.*, [1984] 4 W.W.R. 577. In a system where the tax authorities depend largely on the good faith and integrity of the

Il ne fait pas de doute qu'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Le juge Grange affirme, aux pp. 268 et 269:

^a [TRADUCTION] Ce qui se passe sous le régime de l'art. 17 est qu'une ordonnance est rendue. Il faut évidemment obtempérer à une ordonnance et, si on le fait, cela sensiblement le même effet qu'une saisie effectuée en vertu de l'art. 10. Mais si on n'y obtempère pas, aucune ^b peine ne peut être infligée sans que l'affaire ne fasse l'objet d'un examen par un arbitre impartial agissant de façon judiciaire. De plus, et c'est ce qui ressort de l'arrêt *Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce et al.*, précité, ^c l'ordonnance peut être attaquée par voie de requête en contrôle judiciaire avant qu'elle ne soit exécutoire. Sur le plan des conséquences, l'ordonnance n'est guère différente d'un *subpoena duces tecum*, lequel peut être délivré soit dans des procédures civiles, soit dans des procé- ^d dures criminelles, sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier le caractère raisonnable ni de soupeser les intérêts opposés des parties.

Il n'est pas nécessaire de formuler une règle générale ^e établissant ce qui constitue une saisie; il suffit de signaler que l'interdiction prononcée à l'art. 8 ne s'applique pas à une ordonnance exigeant la production de documents, pourvu que la disposition autorisant l'ordonnance (ou la loi indépendamment de cette disposition) donne à ^f la personne qui doit les produire une possibilité raisonnable de contester cette ordonnance et d'empêcher la remise des documents. À mon avis, c'est précisément là la situation qui se présente à l'art. 17.

Dans l'affaire *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757 (C.A.), qui soulève la même question relativement au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge Grange affirme, à la p. 760:

^h [TRADUCTION] Comme l'a souligné le juge Trainor, le paragraphe visé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas sans réserves ni limites. Il peut donner lieu à une demande de bref de *certiorari* dans le cadre de laquelle la demande contestée sera étudiée objective- ⁱ ment afin d'établir si elle est autorisée par l'article de la Loi et si elle est pertinente à l'assujettissement à l'impôt du contribuable concerné. Aucune «recherche à l'aveuglette» ne sera tolérée: voir les arrêts *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] R.C.S. 729, 62 D.T.C. 1236, et *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 1, aux pp. 7 *et suiv.*, [1984] 1 R.C.S. 614, aux pp. 623 *et*

taxpayer to disclose information relevant to tax liability, it is necessary to give wide investigative powers to those authorities without compelling them to give statements under oath of reasonable and probable grounds for the requirement to produce, particularly where the requirement does not constitute enforced production. The essential consideration in my view is that the requirement to produce is not so intrusive as a search or seizure, that it in no sense resembles a search and cannot be tantamount to a seizure because the person subject to it has a right to take action to circumvent the required production.

Although the extent of review which was permitted in the cases referred to in the above passage is limited, the *Bank of Commerce* case, the seminal case on this point, was decided before the decision in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. That case extended the duty of fairness to administrative tribunals that were previously considered immune from review. The concept of fairness is a flexible one and its content will vary. As a tribunal approaches the functions of a court, the rules of natural justice and fairness require that it behave more like a court. At the low end of the scale, the investigative tribunal need only respect the most basic rules of fairness. In my view the extent of the duty applicable to the Director in proceedings under s. 17 is that stated by Marceau J. in *Director of Investigation and Research v. Restrictive Trade Practices Commission* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59 (F.C.A.), at p. 63: "The only justifiable limitation would be that the documents be germane to the issues and not subject to privilege." In order to comply with this duty, the Director must disclose the purpose of the inquiry in sufficient detail to enable the persons affected and the court to determine whether the documents are relevant to the issue. Anything less would enable the Director to embark on a pure fishing expedition. Where the purpose of the inquiry is to investigate whether an offence has been committed, there is no obligation on the Director

suiv., [1984] 4 W.W.R. 577. Dans un système où les autorités fiscales comptent largement sur la bonne foi et l'honnêteté du contribuable pour obtenir les renseignements relatifs à son assujettissement à l'impôt, il est nécessaire d'accorder à ces autorités de larges pouvoirs d'enquête sans les contraindre à déclarer sous serment que leur demande de production de renseignements et de documents se justifie par des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'une infraction, particulièrement lorsque la demande en cause ne constitue pas une production forcée. À mon sens, la considération essentielle est que la demande de production n'est pas aussi envahissante qu'une fouille, une perquisition ou une saisie, qu'elle ne ressemble à une fouille ou à une perquisition sous aucun rapport et qu'elle ne peut équivaloir à une saisie parce que la personne qui en fait l'objet a le droit d'exercer des recours afin de se soustraire à cette production.

Quoique le contrôle permis dans les décisions mentionnées dans ce passage ait été limité, l'arrêt *Bank of Commerce*, qui constitue l'arrêt fondamental sur ce point, date d'avant l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, qui a soumis à l'obligation d'agir équitablement les tribunaux administratifs qui, jusqu'alors, étaient considérés comme échappant au contrôle judiciaire. La notion d'équité est souple et son contenu est variable. Plus les fonctions d'un tribunal administratif s'apparentent à celles d'une cour de justice, plus les règles de justice naturelle et d'équité requièrent qu'il se conduise comme une cour de justice. Un tribunal d'enquête, comme il se trouve au bas de l'échelle, n'est tenu de respecter que les règles les plus élémentaires en matière d'équité. Selon moi, l'obligation du directeur dans des procédures en vertu de l'art. 17 se limite à celle énoncée par le juge Marceau dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce* (1985), 4 C.P.R. (3d) 59 (C.A.F.), à la p. 63: «Les seules restrictions défendables seraient d'exiger que les documents soient pertinents aux questions en litige et ne soient pas assujettis à la règle des communications privilégiées.» Pour s'acquitter de cette obligation, le directeur doit faire de l'objet de l'enquête une révélation suffisamment détaillée pour que les personnes touchées et la cour puissent déterminer si les documents se rapportent à la

to justify the inquiry on the basis of a belief on reasonable grounds that an offence has been committed: see *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181.

I disagree with my colleague that the opportunity for review before the documents are produced goes to the reasonableness and not the existence of a seizure. This factor bears directly on the extent of governmental intrusion. A mere demand which is not yet enforceable is in this age of pan-governmental activity a minimal intrusion. It becomes somewhat more intrusive if a court has ordered that the demand is valid, enforceable and is to be obeyed.

Nor do I consider that anything said in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, is at variance with the above. At page 160, Dickson J. (as he then was) stated:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

The *post facto* analysis, which Dickson J. found insufficient to safeguard individuals, related to "unjustified state intrusions". The purpose of s. 8 is to prevent them. We are here dealing, however, with the threshold question whether this is an

question en litige. Toute exigence moindre permettrait au directeur de se lancer dans une pure et simple recherche à l'aveuglette. Lorsque l'enquête a pour but d'examiner si une infraction a été commise, rien n'oblige le directeur à justifier cette enquête par l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise: voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181.

À la différence de ma collègue, je ne crois pas que la possibilité d'un contrôle préalable à la production des documents ait trait au caractère raisonnable d'une saisie plutôt qu'à son existence. Ce facteur influe directement sur l'ampleur de l'intrusion gouvernementale. Une simple demande qui n'est pas encore exécutoire représente à notre époque d'activités pangouvernementales une intrusion minimale. Elle devient quelque peu plus importante si un tribunal juge que la demande est valide, exécutoire et qu'on doit y obtempérer.

Je crois en outre qu'il n'y a rien dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, qui s'oppose à ce point de vue. À la page 160, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) affirme:

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

L'analyse après le fait que le juge Dickson a jugé insuffisante pour protéger les particuliers se rapportait aux «intrusions injustifiées de l'État». L'article 8 vise à prévenir ces intrusions. En l'espèce, toutefois, la question préliminaire est de

unjustified state intrusion. In my view, the character of the so-called act of intrusion must be assessed in all its aspects, including its legal enforceability. This is not a case of the *ex post facto* cure of a serious state intrusion into privacy; rather, the intrusion itself is curtailed by the requirement that its validity and extent be tested at an early stage.

As appears from the above passage, the stringent test set out in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, was intended for unwarranted state intrusion into the privacy of individuals. As pointed out in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, departures from these standards should be rare. By adopting a definition of seizure that is over-inclusive, a wholesale departure from these standards will be necessary. This is graphically illustrated by the judgment of my colleague in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, in which the *Hunter v. Southam Inc.* standards are almost completely diluted. Instead of a sliding scale of *Hunter v. Southam Inc.* standards, I prefer a more restrictive interpretation of what constitutes a seizure, reserving the application of the *Hunter v. Southam Inc.* standards for those state intrusions which are truly out of keeping with what we have come to expect as a routine fact of daily life in a modern state.

I conclude therefore that the orders demanding production of books, papers, records and other documents does not constitute a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. It was not submitted that it is a search and it clearly is not. Accordingly neither the orders nor s. 17 of the Act which authorized them are invalid.

Disposition

I would allow the appeal in part and declare that s. 17 of the Act is inconsistent with s. 7 of the *Charter* and of no force or effect to the extent that it authorizes an order compelling that a person be

savoir s'il s'agit en fait d'une intrusion injustifiée de l'État. À mon avis, la nature de ce prétendu acte d'intrusion doit s'apprécier en fonction de tous ses aspects, y compris son caractère exécutoire en droit. Il ne s'agit pas ici d'un cas où on remédie après coup à une intrusion grave de l'État dans la vie privée d'une personne. C'est plutôt un cas où l'intrusion elle-même est limitée par l'exigence que sa validité et son ampleur soient vérifiées à un stade antérieur.

Il se dégage du passage qui précède que le critère strict énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, devait s'appliquer aux intrusions injustifiées de l'État dans la vie privée de particuliers. Comme on le souligne dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, les dérogations à ces normes devraient être rares. L'adoption d'une définition trop exhaustive du terme «saisie» rendrait nécessaire une dérogation générale à ces normes. Voilà ce qui ressort d'une manière très frappante des motifs rédigés par ma collègue dans l'affaire *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, où les normes énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* sont diluées presque au point de perdre tout effet. Au lieu d'appliquer les normes de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* selon une échelle variable, je préfère une interprétation plus restrictive de ce qui constitue une saisie et n'appliquer lesdites normes qu'aux intrusions de la part de l'État qui ne cadrent vraiment pas avec ce que nous en sommes venus à attendre au niveau du vécu quotidien dans un État moderne.

Je conclus donc que les ordonnances enjoignant de produire des livres, documents, archives et autres pièces ne constituent pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On n'a pas prétendu qu'elles constituaient une perquisition et elles n'en constituent manifestement pas une. Par conséquent, ni les ordonnances ni l'art. 17 de la Loi, en vertu duquel elles ont été rendues, ne sont invalides.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de déclarer l'art. 17 de la Loi incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* et inopérant dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interro-

examined under oath. I would also declare the order for examination under oath of no force or effect to that extent. Save as set out above, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional question as follows:

1. Is section 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: Yes it is inconsistent with s. 7 of the *Charter* to the extent only that it authorizes an order to be made for an examination under oath of a person. It is not otherwise inconsistent with either s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

Success being divided on this appeal, I would order that there be no costs either in this Court or in the courts below.

Appeal dismissed with costs, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting in part and WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the respondents the Director of Investigation and Research and the Attorney General of Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard-F. Chaloner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Department of Justice and Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

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

gée sous serment. Je suis en outre d'avis de déclarer inopérante dans cette mesure l'ordonnance d'interrogatoire sous serment. Sous cette réserve, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je donnerais à la question constitutionnelle la réponse suivante:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Oui, il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* seulement dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interrogée sous serment. Il n'est pas par ailleurs incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Comme il y a gain de cause partagé dans le présent pourvoi, je n'accorderais aucun dépens ni en notre Cour ni devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LAMER et SOPINKA sont dissidents en partie et le juge WILSON est dissidente.

Procureurs des appelants: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs des intimés le directeur des enquêtes et recherches et le procureur général du Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice et du Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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

Stelco Inc., Ramsay McDonald, Brian Arthur, Jean Ménard, Claude Veronneau, Douglas Woodward and Reginald Clayton
Appellants

v.

The Attorney General of Canada, the Restrictive Trade Practices Commission, Richard B. Holden and Michael P. O'Farrell, the Director of Investigation and Research
Respondents

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: STELCO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20656.

1988: November 1, 2; 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to remain silent — Derivative evidence — Combines investigation — Corporation suspected of price discrimination — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences — Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked — Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter — If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Combines — Investigation — Corporation suspected of price discrimination — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Stelco Inc., Ramsay McDonald, Brian Arthur, Jean Ménard, Claude Veronneau, Douglas Woodward et Reginald Clayton
Appellants

^a

c.

Le procureur général du Canada, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, Richard B. Holden et Michael P. O'Farrell, le directeur des enquêtes et recherches *Intimés*

^b

et

^c **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

^d RÉPERTORIÉ: STELCO INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20656.

1988: 1, 2 novembre; 1990: 29 mars.

^e

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Preuve dérivée — Enquêtes sur les coalitions — Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? — L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Coalitions — Enquête — Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix — Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Evidence — Self-incrimination — Derivative evidence — Documentary evidence — Real evidence — Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act — Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice — Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17.

The individual appellants are managers of Stelco Inc. They were ordered to appear, pursuant to s. 17 of the *Combines Investigation Act*, before the Restrictive Trade Practices Commission to give evidence under oath in connection with an inquiry to determine whether Stelco Inc. had committed the offence of price discrimination contrary to s. 34(1) of the Act. The appellants were advised that they were “persons whose conduct was the subject of an inquiry”. They commenced an action in the Federal Court, Trial Division, seeking a declaration that s. 17 of the Act violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was dismissed and the decision affirmed by the Federal Court of Appeal.

Held (Wilson and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest J.: For the reasons I gave in *Thomson*, s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*.

Per L’Heureux-Dubé J.: For the reasons I gave in *Thomson*, s. 17 of the Act does not infringe s. 7 of the *Charter*.

Per Lamer J.: For the reasons I gave in *Thomson*, this Court should not pronounce upon the s. 7 issue.

Per Wilson J. (dissenting): For the reasons I gave in *Thomson*, s. 17 of the Act is inconsistent with s. 7 of the *Charter* and is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per Sopinka J. (dissenting): For the reasons I gave in *Thomson*, and subject to the limitation expressed there, s. 17 of the Act is inconsistent with s. 7 of the *Charter* and is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Preuve — Auto-incrimination — Preuve dérivée — Preuve documentaire — Preuve matérielle — Dirigeants d’une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l’art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Les principes de justice fondamentale exigent-ils l’immunité totale contre l’utilisation de la preuve dérivée? — La protection contre l’auto-incrimination qu’offre l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

Les personnes physiques appelantes sont des gestionnaires de Stelco Inc. On leur a enjoint de comparaître, conformément à l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce pour rendre témoignage sous serment dans le cadre d’une enquête tenue en vue de déterminer si Stelco Inc. avait commis l’infraction de discrimination en matière de prix, contrairement au par. 34(1) de la Loi. Les appelants ont été informés qu’ils étaient «des personnes dont la conduite faisait l’objet d’une enquête». Ils ont entamé une action devant la Cour fédérale siégeant en première instance en vue d’obtenir un jugement déclarant que l’art. 17 de la Loi viole l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La requête a été rejetée et la Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges Wilson et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge La Forest: Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson*, l’art. 17 de la Loi ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

Le juge L’Heureux-Dubé: Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson*, l’art. 17 de la Loi ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

Le juge Lamer: Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson*, cette Cour ne devrait pas se prononcer sur la question de l’art. 7.

Le juge Wilson (dissidente): Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson*, l’art. 17 de la Loi est incompatible avec l’art. 7 de la *Charte* et n’est pas justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Le juge Sopinka (dissident): Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson*, et sous réserve de la restriction qui y est exprimée, l’art. 17 de la Loi est incompatible avec l’art. 7 de la *Charte* et n’est pas justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By Lamer J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By Wilson J. (dissenting)

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, aff'g (1986), 57 O.R. (2d) 257; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181.

By Sopinka J. (dissenting)

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8 [am. 1974-75-76, c. 76, s. 4], 17, 20(1), 34(1) [am. 1974-75-76, c. 76, s. 16].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1987), 83 N.R. 193, 51 D.L.R. (4th) 637, 42 C.C.C. (3d) 190, 20 C.P.R. (3d) 422, affirming a judgment of the Trial Division, [1988] 1 F.C. 510, 42 D.L.R. (4th) 424, 13 F.T.R. 128, 19 C.P.R. (3d) 38. Appeal dismissed, Wilson and Sopinka JJ. dissenting.

John W. Brown, Q.C., and *Neil Finkelstein*, for the appellants.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

^c Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

^d Citée par le juge Wilson (dissidente)

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425, conf. (1986), 57 O.R. (2d) 257; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181.

^f Citée par le juge Sopinka (dissident)

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

^g Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 8 [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 4], 17, 20(1), 34(1) [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 16].

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1987), 83 N.R. 193, 51 D.L.R. (4th) 637, 42 C.C.C. (3d) 190, 20 C.P.R. (3d) 422, qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1988] 1 C.F. 510, 42 D.L.R. (4th) 424, 13 F.T.R. 128, 19 C.P.R. (3d) 38. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et Sopinka sont dissidents.

^j *John W. Brown, c.r.*, et *Neil Finkelstein*, pour les appelants.

John F. Rook, Q.C., and *E. Peter Auvinen*, for the respondents the Attorney General of Canada and Michael P. O'Farrell, the Director of Investigation and Research.

Leah Price and *Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—For the reasons I gave in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, released concurrently, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The central issue in this appeal is whether s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A related question is whether or not s. 17 of the Act, if it does violate s. 7 of the *Charter*, can be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

1. The Facts

Stelco Inc. is a Canadian corporation which produces various types of steel which it sells domestically and internationally. The individual appellants held, at the time of this appeal, managerial or supervisory positions with Stelco.

The individual appellants each received a letter from the respondent O'Farrell, Director of Investigation and Research. Attached to the letter was an

John F. Rook, c.r., et *E. Peter Auvinen*, pour les intimés le procureur général du Canada et Michael P. O'Farrell, le directeur des enquêtes et recherches.

Leah Price et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu en même temps que le présent arrêt, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Dans le présent pourvoi, la question fondamentale est de savoir si l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, va à l'encontre de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une question connexe est celle de savoir si l'art. 17 de la *Loi*, à supposer qu'il viole effectivement l'art. 7 de la *Charte*, peut être maintenu à titre de limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte*.

1. Les faits

Stelco Inc. est une société canadienne qui produit différents types d'acier et les écoule sur les marchés canadien et international. Les personnes physiques appelantes remplissaient chez Stelco, au moment du présent pourvoi, des fonctions de gestion ou de surveillance.

Chacune des personnes physiques appelantes a reçu de l'intimé O'Farrell, directeur des enquêtes et recherches, une lettre à laquelle était jointe une

Order To Appear issued under the authority of s. 17 of the *Combines Investigation Act*. The letter and the Order indicated that the Director had commenced an inquiry under s. 8 of the Act to determine whether Stelco had committed the indictable offence of price discrimination contrary to s. 34(1) of the Act. The individual appellants were advised that they were persons who were to be examined under oath pursuant to s. 17 and, additionally, that they were persons whose conduct was the subject of an inquiry. Stelco was also advised of the inquiry and the service of the Orders To Appear and that it was a person whose conduct was the subject of an inquiry.

The appellants commenced an action in the Federal Court, Trial Division, claiming, *inter alia*, a declaration that s. 17 of the Act violates s. 7 of the *Charter*. The application was dismissed by Jerome A.C.J. in reasons reported at [1988] 1 F.C. 510. His decision was appealed to the Federal Court of Appeal. On October 22, 1987 the Federal Court of Appeal dismissed the appeal: see (1987), 83 N.R. 193. Leave to appeal to this Court was granted on January 25, 1988, [1988] 1 S.C.R. xiv.

2. The Issues

The Chief Justice set the following constitutional questions:

1. Is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?
2. If the answer to question No. 1 is affirmative, is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Written and oral argument before this Court was, however, confined to the s. 7 issue.

3. The Courts Below

(a) At Trial

The appellants argued before Jerome A.C.J. that the *Combines Investigation Act* failed to pro-

ordonnance de comparution signifiée en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il se dégageait de la lettre et de l'ordonnance que le directeur avait entamé, en vertu de l'art. 8 de la Loi, une enquête visant à déterminer si Stelco avait commis l'acte criminel de discrimination en matière de prix, contrairement au par. 34(1) de la Loi. On informait les personnes physiques appelantes qu'elles allaient subir un interrogatoire sous serment conformément à l'art. 17 et qu'en outre elles étaient des personnes dont la conduite faisait l'objet d'une enquête. Stelco elle aussi a été mise au courant de l'enquête et de la signification des ordonnances de comparution et elle a été informée qu'elle était une personne dont la conduite faisait l'objet d'une enquête.

Les appelants ont engagé devant la Cour fédérale siégeant en première instance une action en vue d'obtenir notamment un jugement déclarant que l'art. 17 de la Loi viole l'art. 7 de la *Charte*. Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté la requête dans des motifs publiés à [1988] 1 C.F. 510. Cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale qui, le 22 octobre 1987, a rejeté l'appel: voir (1987), 83 N.R. 193. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 25 janvier 1988, [1988] 1 R.C.S. xiv.

2. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les arguments écrits et oraux en notre Cour se sont toutefois limités à la question de l'art. 7.

3. Les tribunaux d'instance inférieure

a) La première instance

Les appelants ont fait valoir devant le juge en chef adjoint Jerome que la *Loi relative aux enquê-*

vide certain "procedural" protections for those compelled to appear and testify and that this was inconsistent with the principles of fundamental justice. They suggested that the member of the Restrictive Trade Practices Commission who orders the examination and authorizes the Orders To Appear in not an impartial arbiter and is therefore not fit to perform this function. Jerome A.C.J. ruled that the acts of the Commission member in ordering the examination were administrative and therefore not subject to the criteria enunciated by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and in particular the requirement of prior authorization for searches granted by an impartial arbiter capable of acting judicially.

The appellants also argued that the right to counsel provided by s. 20(1) of the Act was not a sufficient safeguard of the appellants' rights during a s. 17 hearing. Jerome A.C.J. rejected this argument, relying on this Court's decision in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. He held that fundamental justice in the administrative context does not require as expansive a right to counsel as in the judicial context. Jerome A.C.J. arrived at this conclusion despite the fact that *Irvine* was not a *Charter* case.

Jerome A.C.J. next directed his attention to the question whether s. 7 of the *Charter* contains a right against self-incrimination broader than that found in ss. 11(c) or 13 of the *Charter*. He essentially adopted the position taken on this issue by the Ontario Court of Appeal in *Thomson Newspapers Ltd. v. Director of Investigation and Research* (1986), 57 O.R. (2d) 257 wherein it was held that s. 7 did not contain a general right against self-incrimination. To those reasons he added the following comments at pp. 524-25:

tes sur les coalitions n'assurait pas aux personnes contraintes de comparaître et de témoigner certaines protections en matière de procédure et que cela était incompatible avec les principes de justice fondamentale. Ils ont fait valoir que le membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce qui ordonne l'interrogatoire et qui autorise les ordonnances de comparaison n'est pas un arbitre impartial et qu'il est donc inapte à remplir cette fonction. Le juge en chef adjoint Jerome a décidé que les actes accomplis par le membre de la Commission en ordonnant l'interrogatoire étaient de nature administrative et que, par conséquent, ils n'étaient pas assujettis aux critères énoncés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et, en particulier, à l'exigence d'une autorisation préalable de procéder à des fouilles ou à des perquisitions, accordée par un arbitre impartial en mesure d'agir de façon judiciaire.

Les appellants ont soutenu en outre que le droit d'être représenté par un avocat prévu au par. 20(1) de la Loi ne protégeait pas suffisamment leurs droits dans le cadre d'une audition fondée sur l'art. 17. Invoquant l'arrêt de notre Cour *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, le juge en chef adjoint Jerome a repoussé cet argument et a statué que, dans le contexte administratif, la justice fondamentale n'exige pas un droit à l'assistance d'un avocat qui soit aussi étendu que dans le contexte judiciaire. Le juge en chef adjoint Jerome est arrivé à cette conclusion malgré le fait que l'affaire *Irvine* ne mettait pas en cause la *Charte*.

Le juge en chef adjoint Jerome a abordé ensuite la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* renferme un droit à la protection contre l'auto-incrimination plus général que celui garanti par l'al. 11c) ou par l'art. 13 de la *Charte*. Il a essentiellement fait sien le point de vue qu'a adopté sur cette question la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. v. Director of Investigation and Research* (1986), 57 O.R. (2d) 257, où on a jugé que l'art. 7 n'énonçait pas un droit général à la protection contre l'auto-incrimination. À ces motifs, il ajoute les observations suivantes, aux pp. 524 et 525:

These proceedings are not of a nature to require the protection against self-incrimination which is accorded a person charged with an offence. I have already determined that the investigative powers under attack here are part of an administrative procedure. No substantive determination of the parties' rights can be made at the investigative stage. Neither the Director nor the Commission has the authority under the *Combines Investigation Act* to institute criminal proceedings against the applicants based on information obtained during the inquiry. The Director's authority is limited to referring the evidence to the Attorney General of Canada (subsection 15(1)) or placing a statement of evidence before the Restrictive Trade Practices Commission pursuant to sections 18 and 47. In the latter case, notice is to be given to all persons against whom allegations are made. Those persons are then afforded full opportunity to be heard in person or by counsel. The Commission's report which reviews the evidence and contains recommendations is then transmitted to the Minister. Accordingly, the inquiry stage of the proceedings does not determine any rights of the applicants or impose any liabilities on them. It does not require, therefore, any additional protection against self-incrimination beyond that provided by subsection 20(2) of the Act.

The privilege against self-incrimination, as it exists in Canada, does not permit these witnesses to refuse to answer questions during the course of an investigative hearing. It clearly cannot provide them the right to refuse to attend. They are fully protected against the subsequent use of any incriminating answers by the *Canada Evidence Act* and subsection 20(2) of the *Combines Investigation Act*, as well as section 13 of the Charter. When coupled with the right to counsel, these protections are more than adequate in the factual circumstances of this case.

Jerome A.C.J. held that there was no breach of s. 7 and it was therefore unnecessary to consider s. 1 of the Charter.

(b) *The Federal Court of Appeal* (Urie, Marceau and Desjardins JJ.)

Urie J. gave a brief opinion on behalf of the court. He endorsed the findings of Jerome A.C.J. and the Ontario Court of Appeal in *Thomson*, on the issue of whether or not s. 7 of the Charter included rights broader than those contained in

Ces procédures ne sont pas de celles qui exigent la protection contre l'auto-incrimination accordée à toute personne inculpée d'une infraction. J'ai déjà précisé que les pouvoirs d'enquête contestés en l'espèce font partie d'une procédure administrative. On ne peut pas, à l'étape de l'enquête, déterminer les droits des parties quant au fond. Ni le directeur ni la Commission n'ont le pouvoir en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* d'intenter des poursuites pénales contre les requérants en se fondant sur les renseignements obtenus au cours de l'enquête. Le directeur a des pouvoirs restreints qui consistent à renvoyer les éléments de preuve au procureur général du Canada (paragraphe 15(1)) ou à soumettre un exposé de la preuve à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce conformément aux articles 18 et 47. Dans ce dernier cas, un avis doit être donné à toutes les personnes visées par des allégations, qui ont alors toutes les occasions voulues de se faire entendre en personne ou par un avocat. Par la suite, la Commission transmet au ministre le rapport de son examen des éléments de preuve et de ses recommandations. Par conséquent, l'étape de l'enquête n'a pas pour objet d'établir les droits des requérants ou de leur imposer des obligations. Il n'est donc pas nécessaire d'accorder une protection contre l'auto-incrimination autre que celle qui est prévue au paragraphe 20(2) de la Loi.

Le privilège accordé contre l'auto-incrimination, tel qu'il existe au Canada, ne permet pas aux témoins en cause de refuser de répondre aux questions qui leur sont posées au cours d'une enquête. De toute évidence, il ne leur reconnaît pas le droit de refuser de comparaître. Ils sont adéquatement protégés par la *Loi sur la preuve au Canada*, par le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ainsi que par l'article 13 de la Charte contre l'utilisation ultérieure des témoignages incriminants qu'ils ont donnés. Lorsqu'on y ajoute le droit à l'assistance d'un avocat, ces protections sont plus que suffisantes, compte tenu des faits de l'espèce.

Le juge en chef adjoint Jerome a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'art. 7 et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire d'examiner l'article premier de la Charte.

(b) *La Cour d'appel fédérale* (les juges Urie, Marceau et Desjardins)

Le juge Urie a rédigé au nom de la cour de brefs motifs dans lesquels il a approuvé les conclusions du juge en chef adjoint Jerome, ainsi que celles de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Thomson*, sur la question de savoir si l'art. 7 de la Charte

ss. 11(c) and 13. With regard to the “procedural” issues raised by the appellants, Urie J. agreed with Jerome A.C.J. that they were resolved by this Court’s decision in *Irvine*.

4. Analysis

This appeal was heard along with the appeal in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and this judgment is being delivered concurrently with the judgment in *Thomson*. The two appeals raise the same issue under s. 7 of the *Charter* and for the reasons I gave in *Thomson* on the s. 7 issue, I would answer the relevant constitutional question as follows:

1. Is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, therefore of no force or effect?

Answer: Yes.

2. If the answer to question No. 1 is affirmative, is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

5. Disposition

I would allow the appeal, declare s. 17 of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with s. 7 of the *Charter* and of no force and effect to the extent of the inconsistency. I would declare the Orders to Appear made pursuant to the section likewise of no force and effect. I would award the appellants their costs both here and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—For the reasons I gave in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, released concurrently, I would dismiss the appeal

confère des droits plus généraux que ceux garantis à l’al. 11c) et à l’art. 13. Pour ce qui est des questions de procédure qu’ont soulevées les appelants, le juge Urie, partageant l’avis du juge en chef adjoint Jerome, a estimé que celles-ci avaient été tranchées par l’arrêt *Irvine* de notre Cour.

4. Analyse

Ce pourvoi a été entendu en même temps que l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et les jugements relatifs à ces deux pourvois sont rendus simultanément. Les deux pourvois soulèvent le même point concernant l’art. 7 de la *Charte* et, pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson* relativement à ce point, je suis d’avis de donner à la question constitutionnelle pertinente la réponse suivante:

1. L’article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il justifié par l’article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

5. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, de déclarer que l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est incompatible avec l’art. 7 de la *Charte* et qu’il est inopérant dans la mesure de cette incompatibilité. Je suis d’avis de déclarer inopérantes également les ordonnances de comparution délivrées conformément à cet article. Je suis en outre d’avis d’accorder aux appelants leurs dépens en cette Cour et en Cour d’appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu en même

with costs and answer the constitutional question as follows:

1. Is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—For the reasons set out in my opinion in the case of *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, released concurrently, I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question as follows:

1. Is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal was heard together with *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627. Judgments in these three appeals are being delivered concurrently. For the reasons that I gave in *Thomson*, and subject to the limitation which I expressed there, I agree with the disposition of this appeal in the manner proposed by my colleague Justice Wilson.

I would answer the constitutional question as follows:

1. Is s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect?

Answer: Yes it is inconsistent with s. 7 of the *Charter* to the extent only that it authorizes an order to be made for an

temps que le présent arrêt, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Non.

b Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu en même temps que le présent arrêt, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

- d 1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Non.

e Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissent) — Ce pourvoi a été entendu en même temps que les affaires *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627. Les jugements relatifs à ces trois pourvois sont rendus simultanément. Pour les raisons que j'ai exposées dans l'affaire *Thomson* et sous réserve de la restriction que j'y exprime, je suis d'accord avec la façon dont ma collègue le juge Wilson propose de statuer sur le présent pourvoi.

Je suis d'avis de donner à la question constitutionnelle la réponse suivante:

- i 1. L'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est-il incompatible avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérant?

Réponse: Oui, il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* seulement dans la mesure où il permet d'ordonner qu'une personne soit interrogée sous serment. Il n'est pas par ailleurs

examination under oath of a person. It is not otherwise inconsistent with either s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

Appeal dismissed with costs, WILSON and SOPINKA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondents the Attorney General of Canada and Michael P. O'Farrell, the Director of Investigation and Research: Holden, Murdoch & Finlay, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Department of Justice and Attorney General, Fredericton.

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

incompatible avec les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WILSON et SOPINKA sont dissidents.

Procureurs des appelants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intimés le procureur général du Canada et Michael P. O'Farrell, le directeur des enquêtes et recherches: Holden, Murdoch & Finlay, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice et du Procureur général, Fredericton.

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

McKinlay Transport Limited and C.T. Transport Inc. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MCKINLAY TRANSPORT LTD.

File No.: 20761.

1988: November 2; 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Income tax audit — Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act — Whether a demand for information or documents under s. 231(3) constitutes a seizure — If so, whether seizure under s. 231(3) unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Taxation — Income tax — Investigation — Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act — Whether s. 231(3) violates the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

During an income tax audit of the appellants, Revenue Canada, pursuant to s. 231(3) of the *Income Tax Act*, served them with letters demanding information and the production of documents. Because the appellants failed to comply with these demands, an information was issued alleging that they had breached s. 238(2) of the Act. A Provincial Court judge quashed the information holding that s. 231(3) violated the guarantee to protection against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Supreme Court allowed respondent's appeal. The court found that s. 231(3) did not authorize a seizure within the meaning of s. 8. The judgment was upheld by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

McKinlay Transport Limited et C.T. Transport Inc. *Appelantes*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

b Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MCKINLAY TRANSPORT LTD.

N° du greffe: 20761.

c 1988: 2 novembre; 1990: 29 mars.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Vérification fiscale — Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Une demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) constitue-t-elle une saisie? — Dans l'affirmative, la saisie en vertu de l'art. 231(3) est-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Enquête — Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231(3) viole-t-il la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Au cours d'une vérification fiscale des appelantes, Revenu Canada leur a signifié, conformément au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des lettres exigeant des renseignements et la production de documents. Parce que les appelantes n'ont pas obtempéré à ces demandes, elles ont fait l'objet d'une dénonciation dans laquelle on les accusait d'avoir violé le par. 238(2) de la Loi. Un juge de la Cour provinciale a annulé la dénonciation, concluant que le par. 231(3) violait le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême de l'Ontario a accueilli l'appel de l'intimée. Elle a conclu que le par. 231(3) n'autorisait pas une saisie au sens de l'art. 8. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Per Lamer and Wilson JJ.: A demand for information or documents under s. 231(3) of the *Income Tax Act*, coupled with its enforcement mechanism in s. 238(2), does not violate s. 8 of the *Charter*. The purpose of ss. 231(3) and 238(2), when read together, is not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act. While a demand under s. 231(3) constitutes a "seizure", for the reasons given in *Thomson*, it is not an unreasonable one.

The *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute which controls the manner in which income tax is calculated and collected. It is based on the principle of self-reporting and self-assessment. To ensure compliance with the Act, the Minister of National Revenue must be given broad powers to audit taxpayers' returns and inspect all relevant records whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act. The integrity of the tax system can be maintained only by a system of random monitoring and s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the Act can be effected. A taxpayer's expectation of privacy with regard to the documents in question *vis-à-vis* the Minister is relatively low. The taxpayer's privacy interest is protected as much as possible by s. 241 of the Act which forbids the disclosure of the taxpayer's records or the information contained therein to other persons or agencies. Therefore, the seizure contemplated by s. 231(3) is reasonable and does not infringe s. 8 of the *Charter*.

The standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful. It is consistent with this approach to draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard may apply depending upon the legislative scheme under review. In light of the regulatory nature of the legislation and the scheme enacted, it was evident in this case that the *Hunter* criteria were ill-suited to determine whether a seizure under s. 231(3) of the Act was reasonable.

Per La Forest J.: As in *Thomson*, the *Income Tax Act*, though supported by penal sanctions, including imprisonment, is essentially of an administrative nature. For the reasons I gave in *Thomson* and, subject to these

Les juges Lamer et Wilson: La demande de renseignements ou de documents prévue au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, jointe au mécanisme d'exécution que l'on trouve au par. 238(2), ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. L'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la Loi. Même si une demande en vertu du par. 231(3) constitue une «saisie», pour les motifs exposés dans l'arrêt *Thomson*, il ne s'agit pas d'une saisie abusive.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation qui régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu. Elle est fondée sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation. Pour assurer le respect de la Loi, le ministre du Revenu national doit disposer de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents pertinents, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. L'intégrité du régime fiscal ne peut être préservée que par un système de vérification au hasard et le par. 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la Loi. L'attente d'un contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des documents en question est relativement faible vis-à-vis le Ministre. Le droit du contribuable à la protection de la vie privée est garanti autant qu'il est possible de le faire par l'art. 241 de la Loi qui interdit la communication des documents d'un contribuable ou des renseignements qu'ils contiennent à d'autres personnes ou organismes. Par conséquent, la saisie envisagée par le par. 231(3) est raisonnable et ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*.

La norme d'examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens. Il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné. Compte tenu de la nature réglementaire du texte législatif et de son intention générale, il est évident en l'espèce que les critères de l'arrêt *Hunter* ne conviennent pas pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu du par. 231(3) de la Loi.

Le juge La Forest: Comme dans l'affaire *Thomson*, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, bien qu'assortie de sanctions pénales dont l'emprisonnement, est essentiellement de nature administrative. Pour les motifs que j'ai expo-

reasons, for those given by Wilson J. in this appeal, s. 231(3) of the Act is reasonable and does not violate s. 8 of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé J.: Subject to the reasons I gave in *Thomson*, s. 231(3) of the *Income Tax Act* does not violate s. 8 of the *Charter*. While a demand under s. 231(3) of the Act may be considered a seizure within the meaning of s. 8, such a seizure is reasonable.

Per Sopinka J.: For the reasons I gave in *Thomson*, neither the letters of demand herein nor s. 231(3) of the *Income Tax Act* violate s. 8 of the *Charter*. The letters of demand do not constitute a seizure and s. 231(3) does not authorize a seizure within the meaning of s. 8.

Cases Cited

By Wilson J.

Distinguished: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **considered:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, aff'g (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.); **referred to:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261.

By La Forest J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By Sopinka J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive*

sés dans l'arrêt Thomson et, sous réserve des présents motifs, pour ceux donnés par le juge Wilson dans le présent pourvoi, le par. 231(3) de la Loi est raisonnable et ne viole pas l'art. 8 de la Charte.

a Le juge L'Heureux-Dubé: Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson*, le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Bien qu'une demande fondée sur le par. 231(3) de la *Loi* puisse être considérée comme une saisie au sens de l'art. 8, cette saisie est raisonnable.

b Le juge Sopinka: Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson*, ni les lettres de demande en l'espèce ni le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne violent l'art. 8 de la *Charte*. Les lettres de demande ne constituent pas une saisie et le par. 231(3) n'autorise pas une saisie au sens de l'art. 8.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

d Distinction d'avec l'arrêt: Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêt examiné:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, conf. (1986), 57 O.R. (2d) 257 (C.A.); **arrêts mentionnés:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301; *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

i Arrêt mentionné: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Citée par le juge Sopinka

j Arrêts mentionnés: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commis-*

Trade Practices Commission], [1990] 1 S.C.R. 425; *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63, s. 1], ss. 221(1)(d), 231(1) to (5), 238(2) [am. 1973-74, c. 51, s. 21; am. 1975-74-76, c. 71, s. 13], 241 [am. 1978-79, c. 5, s. 9; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 107; am. *idem*, c. 68, s. 117; am. *idem*, c. 140, s. 126; am. 1984, c. 19, s. 30].

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, Part II.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Search and Seizure Under the Income Tax Act*. A study paper prepared by Neil Brooks and Judy Fudge, 1985.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 62 O.R. (2d) 757, 26 O.A.C. 352, 48 D.L.R. (4th) 765, [1988] 1 C.T.C. 426, 87 D.T.C. 6314, 40 C.C.C. (3d) 94, dismissing appellants' appeal from a judgment of Trainor J. (1987), 58 O.R. (2d) 310, 37 D.L.R. (4th) 454, [1988] 1 C.T.C. 421, 87 D.T.C. 5051, 32 C.C.C. (3d) 1, 27 C.R.R. 109, allowing an appeal by the Crown by way of stated case from the dismissal of charges for violations of s. 231(3) of the *Income Tax Act*, [1986] 1 C.T.C. 29, 85 D.T.C. 5537, 22 C.R.R. 219. Appeal dismissed.

Alan Shanoff and *Ted Saskin*, for the appellants.

S. R. Fainstein, Q.C., and *James W. Leising*, for the respondent.

Leah Price and *Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

sion sur les pratiques restrictives du commerce], [1990] 1 R.C.S. 425; *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617.

Lois et règlements cités

a *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], art. 221(1)d), 231(1) à (5), 238(2) [mod. 1973-74, ch. 51, art. 21; mod. 1974-75-76, ch. 71, art. 13], 241 [mod. 1978-79, ch. 5, art. 9; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 107; mod. *idem*, ch. 68, art. 117; mod. *idem*, ch. 140, art. 126; mod. 1984, ch. 19, art. 30].

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

c *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, partie II.

Doctrine citée

Canada. Law Reform Commission. *Search and Seizure Under the Income Tax Act*. A study paper prepared by Neil Brooks and Judy Fudge, 1985.

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

e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 62 O.R. (2d) 757, 26 O.A.C. 352, 48 D.L.R. (4th) 765, [1988] 1 C.T.C. 426, 87 D.T.C. 6314, 40 C.C.C. (3d) 94, qui a rejeté l'appel des appelantes contre une décision du juge Trainor (1987), 58 O.R. (2d) 310, 37 D.L.R. (4th) 454, [1988] 1 C.T.C. 421, 87 D.T.C. 5051, 32 C.C.C. (3d) 1, 27 C.R.R. 109, qui avait accueilli un appel de Sa Majesté interjeté par voie d'exposé de cause contre le rejet d'accusations de violation du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, [1986] 1 C.T.C. 29, 85 D.T.C. 5537, 22 C.R.R. 219. Pourvoi rejeté.

h *Alan Shanoff* et *Ted Saskin*, pour les appelantes.

S. R. Fainstein, c.r., et *James W. Leising*, pour l'intimée.

i *Leah Price* et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

j *Robert C. Maybank*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—This appeal raises the question of the constitutional validity of s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, in light of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

1. The Facts

The appellants, McKinlay Transport Limited and C.T. Transport Inc., are both incorporated under the laws of the province of Ontario and carry on the business of freight transport of general commodities. Central Cartage Company is a parent company of McKinlay and a sister company of C.T. Transport Inc. All these corporations are subsidiaries of Centra Inc.

Although both appellants have nominal head offices in Ontario, the *de facto* head office of each corporation is in Sterling Heights, Michigan. All books and records of the appellants are kept there.

In 1982 Revenue Canada commenced an income tax audit of both appellants in respect of their 1979-80 tax year. In October, 1983 Revenue Canada, pursuant to s. 231(3) of the Act, served the appellants with letters demanding the production of a wide array of information and documents. The appellants did not comply with these demands and an information was issued on August 9, 1984 alleging that the appellants had breached s. 238(2) of the *Income Tax Act* because of their failure to comply with the demands made pursuant to s. 231(3).

The appellants brought an application before Langdon Prov. Ct. J. asking that the information be quashed because s. 231(3) coupled with s. 238(2) were in violation of the *Charter*. Langdon Prov. Ct. J. found that s. 231(3) violated s. 8 of the *Charter* and quashed the information: [1986] 1 C.T.C. 29.

An appeal was taken by the respondent to the Ontario Supreme Court where Trainor J. found that the section did not violate s. 8 of the *Charter*.

Version française des motifs des juges Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève la question de la constitutionnalité du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, compte tenu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1. Les faits

Les appelantes, McKinlay Transport Limited et C.T. Transport Inc., sont toutes deux constituées conformément aux lois de la province d'Ontario et s'occupent du transport de marchandises générales. Central Cartage Company est une compagnie mère de McKinlay et une compagnie sœur de C.T. Transport Inc. Toutes ces sociétés sont des filiales de Centra Inc.

Bien que les appelantes aient toutes deux un siège social nominal en Ontario, le siège social réel de chacune d'elles se trouve à Sterling Heights, au Michigan. Tous les livres et les registres des appelantes y sont conservés.

En 1982, Revenu Canada a entrepris la vérification fiscale des deux appelantes relativement à l'année d'imposition 1979-1980. En octobre 1983, Revenu Canada a, conformément au par. 231(3) de la Loi, signifié aux appelantes des lettres dans lesquelles il exigeait la production d'une grande variété de renseignements et de documents. Les appelantes n'ont pas obtempéré à ces demandes et le 9 août 1984, elles ont fait l'objet d'une dénonciation dans laquelle on les accusait d'avoir violé le par. 238(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* étant donné leur omission d'obtempérer aux demandes qui leur avaient été faites conformément au par. 231(3).

Les appelantes ont, par voie de requête présentée au juge Langdon de la Cour provinciale, demandé l'annulation de la dénonciation pour le motif que le par. 231(3), joint au par. 238(2), violait la *Charte*. Le juge Langdon a statué que le par. 231(3) violait l'art. 8 de la *Charte* et a annulé la dénonciation: [1986] 1 C.T.C. 29.

L'intimée a interjeté appel devant la Cour suprême de l'Ontario où le juge Trainor a conclu que la disposition en cause ne violait pas l'art. 8 de

He allowed the appeal: (1987), 58 O.R. (2d) 310. A further appeal by the appellants to the Ontario Court of Appeal was dismissed: (1987), 62 O.R. (2d) 757. Leave to appeal to this Court was granted on June 2, 1988, [1988] 1 S.C.R. xi, and the following constitutional questions were set at a later date:

1. Is section 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 231(3) from being declared of no force or effect?

2. The Courts Below

(a) *Ontario Provincial Court*

Langdon Prov. Ct. J., in considering whether the compelled disclosure of information and documents pursuant to s. 231(3) violated s. 8 of the *Charter*, concluded that there did not have to be a physical intrusion by state authorities for there to be a search or seizure. He stated at p. 38:

If that analysis is correct [that there must be a physical intrusion for there to be a search or seizure], then if the State were unable to obtain a search warrant under section 443 of the *Criminal Code*, would it be lawful for Parliament in the exercise of its criminal law jurisdiction to authorize the Attorney General of Canada, for any purposes related to the administration or enforcement of the *Criminal Code*, by registered letter or by a demand served personally, to require from any person that he produce any document or thing. Parliament could couple the failure or refusal of the subject with a penalty of ten years' imprisonment. If the approach to the Charter of Rights is a purposive one, it seems to me that the guarantee against unreasonable search and seizure would then be made meaningless by such a provision. The effect of the hypothetical provision would perhaps be more draconian than a power of unlimited search. In any event, it would seem that any subject having a defence to a charge of failing to answer a requirement would virtually have to permit the search to exculpate himself if charged with failing to answer the requirement. Therefore, followed to its logical conclusion, the unrestricted right to demand coupled with a penalty for failure to comply is very akin to seizure. In

la *Charte*. Il a accueilli l'appel: (1987), 58 O.R. (2d) 310. Un autre appel interjeté par les appelantes devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté: (1987), 62 O.R. (2d) 757. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 2 juin 1988, [1988] 1 R.C.S. xi, et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées ultérieurement:

1. Le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si l'incompatibilité existe, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet-il de ne pas déclarer le par. 231(3) inopérant?

2. Les tribunaux d'instance inférieure

a) *La Cour provinciale de l'Ontario*

Le juge Langdon de la Cour provinciale qui avait à déterminer si la production forcée de renseignements et de documents en application du par. 231(3) violait l'art. 8 de la *Charte*, a conclu qu'il pouvait y avoir fouille, perquisition ou saisie sans intrusion physique des autorités de l'État. Il déclare, à la p. 38:

[TRADUCTION] Si cette analyse est exacte [c'est-à-dire si les fouilles, les perquisitions ou les saisies exigent qu'il y ait intrusion physique], à supposer que l'État soit incapable d'obtenir un mandat de perquisition en vertu de l'article 443 du *Code criminel*, serait-il loisible au Parlement, dans l'exercice de sa compétence en matière de droit criminel, d'autoriser le procureur général du Canada, pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution du *Code criminel*, par lettre recommandée ou par demande signifiée à personne, d'exiger de toute personne la production d'un document ou d'une chose? Le Parlement pourrait sanctionner l'omission ou le refus des récalcitrants d'une peine d'emprisonnement de dix ans. Si la façon appropriée d'interpréter la Charte des droits est de considérer le but visé, il me semble que la garantie contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives perdrait son sens en raison de cette disposition. L'effet de la disposition hypothétique serait peut-être plus draconien qu'un pouvoir de fouille ou de perquisition illimitées. En tout état de cause, il semblerait que quiconque se défend de ne pas s'être plié à une demande devrait virtuellement permettre la perquisition ou la fouille pour se disculper s'il était accusé de ne pas avoir obtempéré à cette demande. Par conséquent,

appropriate circumstances, the distinction between them would indeed be a distinction without a difference.

Langdon Prov. Ct. J., relying on this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, also rejected the argument that it was open to the individual who received the demand to refuse to comply and determine his liabilities at a later time. He stated at p. 43:

I agree with Le Dain, J. that it is unrealistic to speak of the recipient of a letter of requirement as being free to refuse to comply. If he is not free to refuse to comply he is subject to compulsion. Thus the service of the requirement is tantamount to a seizure.

Having found that s. 231(3) authorized a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, Langdon Prov. Ct. J. had no difficulty in concluding that the form of seizure authorized was unreasonable. He found that it met none of the criteria espoused by Dickson J. (as he then was) in *Hunter*. In particular:

- (1) The legislation did not provide for a method of prior authorization;
- (2) The Minister when acting under s. 231(3) could not be a neutral or impartial arbiter acting judicially;
- (3) The legislation provided for no form of review of the Minister's discretion; and
- (4) The legislation did not require the establishment of reasonable and probable grounds under oath that an offence had been committed or that there was evidence to be found at the place of the search.

For these reasons Langdon Prov. Ct. J. quashed the information.

(b) *Ontario High Court*

Trainor J. had the advantage of the Ontario Court of Appeal's decision in *Thomson Newspapers Ltd. v. Director of Investigation and Research* (1986), 57 O.R. (2d) 257 in preparing his reasons and he relied upon it heavily. Of

poussé à sa conclusion logique, le droit illimité d'exiger quelque chose assorti d'une peine pour refus de s'exécuter ressemble beaucoup à la saisie. Dans des circonstances appropriées, la distinction entre ces deux notions juridiques serait en réalité une distinction sans différence.

Le juge Langdon qui s'est appuyé sur les arrêts de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, a aussi rejeté l'argument selon lequel il est loisible à celui qui reçoit la demande de refuser de s'exécuter et de déterminer ses obligations plus tard. Il dit, à la p. 43:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le juge Le Dain pour dire qu'il n'est pas réaliste d'affirmer que le destinataire d'une sommation est libre de refuser de s'exécuter. S'il n'est pas libre de refuser de s'exécuter, il est soumis à la contrainte. Ainsi, la signification de la demande équivaut à une saisie.

Après avoir conclu que le par. 231(3) autorisait une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, le juge Langdon a conclu sans difficulté que la forme de saisie autorisée était abusive. Il a statué qu'elle ne répondait à aucun des critères adoptés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter*. Plus particulièrement:

- 1) La disposition législative ne prévoit aucun mode d'autorisation préalable;
- 2) le Ministre, lorsqu'il agit en vertu du par. 231(3), ne peut être un arbitre neutre ou impartial agissant de façon judiciaire;
- 3) la disposition législative ne prévoit aucune forme de contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre; et
- 4) la disposition législative n'impose pas l'obligation d'établir sous serment l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la saisie.

Le juge Langdon a annulé la dénonciation pour ces motifs.

b) *La Haute Cour de l'Ontario*

Au moment de rédiger ses motifs, le juge Trainor avait eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Thomson Newspapers Ltd. v. Director of Investigation and Research* (1986), 57 O.R. (2d) 257, et il l'a invo-

importance to the Court of Appeal in *Thomson* was the fact that an individual compelled to produce documents pursuant to s. 17(1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, could, in the court's opinion, effectively challenge the order of the Restrictive Trade Practices Commission prior to producing the documents. The Court of Appeal for this reason felt that s. 17(1) did not authorize a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

Trainor J. applied similar reasoning to the appeal before him. Relying on this Court's decision in *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614, he found that s. 231(3) had been given a restrictive interpretation by the Court and this allowed a person served with an order for production an opportunity to challenge its validity before producing the material. He stated at p. 317:

The recipient of a demand under s. 231(3) can successfully attack such demand before prosecution for failure to comply on a number of grounds including the following:

- (1) That a reasonable time for production has not been afforded: *Re Joseph et al. and Minister of National Revenue* (1985), 51 O.R. (2d) 658, 20 D.L.R. (4th) 577, [1985] 2 C.T.C. 164.
- (2) That the Minister is engaged in a fishing expedition and not a genuine and serious inquiry as to some taxpayer's liability.
- (3) That the documents demanded are not germane or relevant to the issues between the parties.
- (4) That the documents are privileged.

There are no doubt many other grounds of attack available, dependent on the circumstances. For example, I would think that where a demand is made and where the issues between the parties are not clearly identified, unlike a case where charges have been laid, it would be incumbent on the Minister to set out the grounds for the demand in order that relevance could readily be ascertained, in the first instance by the recipient of the demand and later, if necessary, by the court.

These avenues of attack cannot be said to be illusory. They create substantial defences and are an answer to many of the concerns raised during argument about ministerial excesses and oppressive conduct.

qué largement. Point important pour la Cour d'appel dans l'arrêt *Thomson*, elle estimait que la personne tenue de produire des documents conformément au par. 17(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, pouvait, avant de s'exécuter, s'opposer efficacement à l'ordre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Pour ce motif, la Cour d'appel a considéré que le par. 17(1) n'autorisait pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Trainor a appliqué le même raisonnement à l'appel dont il était saisi. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614, il a conclu que la Cour avait donné au par. 231(3) une interprétation restrictive et que cette disposition accordait à celui à qui il est ordonné de produire un document la possibilité de contester la validité de cet ordre avant de s'exécuter. Voici ce qu'il dit, à la p. 317:

[TRADUCTION] Celui à qui est faite la demande visée au par. 231(3) peut s'y opposer avec succès avant d'être poursuivi pour défaut de s'exécuter en invoquant un certain nombre de motifs, dont les suivants:

- (1) On ne lui a pas accordé un délai d'exécution raisonnable: *Re Joseph et al. and Minister of National Revenue* (1985), 51 O.R. (2d) 658, 20 D.L.R. (4th) 577, [1985] 2 C.T.C. 164.
- (2) Le Ministre effectue une recherche à l'aveuglette plutôt que de procéder à une enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt du contribuable.
- (3) Les documents exigés ne sont pas pertinents aux questions en litige entre les parties.
- (4) Les documents sont privilégiés.

Il existe sûrement plusieurs autres motifs possibles de contestation, selon les circonstances. Par exemple, il me semble que lorsqu'une demande est faite et que les points en litige entre les parties ne sont pas clairement précisés, contrairement à la situation où des accusations ont été portées, il incomberait au Ministre d'exposer les motifs de la demande de façon à ce que sa pertinence puisse être aisément constatée, tout d'abord par celui à qui la demande est adressée et plus tard, s'il y a lieu, par le tribunal.

On ne saurait qualifier d'illusoire ces moyens de contestation. Ils suscitent de solides défenses et ils constituent la réponse à plusieurs des craintes exprimées au cours des plaidoiries au sujet d'abus ministériels et d'une conduite tyrannique.

Accordingly, Trainor J. found that s. 231(3) did not authorize a seizure. He therefore allowed the appeal. He noted in *obiter*, however, that had he found that a seizure was authorized by the section, it would not have been a reasonable one since the criteria enumerated in *Hunter* were not satisfied.

(c) *The Ontario Court of Appeal*

Grange J.A. delivered the opinion of the court on behalf of himself, Lacourcière and Goodman J.J.A. Like Trainor J., Grange J.A. saw this case as very similar to the *Thomson* case. In Grange J.A.'s opinion, the fact that the individual could challenge the requirement to produce was sufficient to dispel the notion that it was a seizure. He stated at p. 760:

As Trainor J. pointed out, the subsection of the *Income Tax Act* is not unqualified or unlimited. It is subject to *certiorari* proceedings wherein the requirement will be tested objectively to determine whether it is authorized by the section and whether it is relevant to the tax liability of a specific person. No "fishing expedition" will be permitted: see *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] S.C.R. 729, 62 D.T.C. 1236, and *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 1 at p. 7 *et seq.*, [1984] 1 S.C.R. 614 at p. 623 *et seq.*, [1984] 4 W.W.R. 577. In a system where the tax authorities depend largely on the good faith and integrity of the taxpayer to disclose information relevant to tax liability, it is necessary to give wide investigative powers to those authorities without compelling them to give statements under oath of reasonable and probable grounds for the requirement to produce, particularly where the requirement does not constitute enforced production. The essential consideration in my view is that the requirement to produce is not so intrusive as a search or seizure, that it in no sense resembles a search and cannot be tantamount to a seizure because the person subject to it has a right to take action to circumvent the required production.

En conséquence, le juge Trainor a conclu que le par. 231(3) n'autorisait pas une saisie. Il a donc accueilli l'appel. Il a cependant fait remarquer de façon incidente que s'il avait conclu que l'article autorisait une saisie, celle-ci n'aurait pas été raisonnable puisqu'il n'y avait pas eu respect des critères énumérés dans l'arrêt *Hunter*.

b c) *La Cour d'appel de l'Ontario*

Le juge Grange a rendu les motifs de la Cour d'appel en son propre nom et en celui des juges Lacourcière et Goodman. Tout comme le juge Trainor, le juge Grange a jugé cette affaire très semblable à l'affaire *Thomson*. Selon l'avis du juge Grange, la possibilité de contester la demande de production des renseignements et documents suffisait à écarter l'idée qu'il s'agissait d'une saisie. Il affirme, à la p. 760:

[TRADUCTION] Comme l'a souligné le juge Trainor, le paragraphe visé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas sans réserves ni limites. Il peut donner lieu à une demande de bref de *certiorari* dans le cadre de laquelle la demande contestée sera étudiée objectivement afin d'établir si elle est autorisée par l'article de la Loi et si elle est pertinente à l'assujettissement à l'impôt du contribuable concerné. Aucune «recherche à l'aveuglette» ne sera tolérée: voir les arrêts *Canadian Bank of Commerce v. A.-G. Can.* (1962), 35 D.L.R. (2d) 49, [1962] R.C.S. 729, 62 D.T.C. 1236, et *James Richardson & Sons, Ltd. v. M.N.R.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 1, aux pp. 7 et suiv., [1984] 1 R.C.S. 614, aux pp. 623 et suiv., [1984] 4 W.W.R. 577. Dans un système où les autorités fiscales comptent largement sur la bonne foi et l'honnêteté du contribuable pour obtenir les renseignements relatifs à son assujettissement à l'impôt, il est nécessaire d'accorder à ces autorités de larges pouvoirs d'enquête sans les contraindre à déclarer sous serment que leur demande de production de renseignements et de documents se justifie par des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'une infraction, particulièrement lorsque la demande en cause ne constitue pas une production forcée. À mon sens, la considération essentielle est que la demande de production n'est pas aussi envahissante qu'une fouille, une perquisition ou une saisie, qu'elle ne ressemble à une fouille ou à une perquisition sous aucun rapport et qu'elle ne peut équivaloir à une saisie parce que la personne qui en fait l'objet a le droit d'exercer des recours afin de se soustraire à cette production.

Grange J.A. thought that in this case it was even clearer than in *Thomson* that the provision did not constitute a seizure since, while the *Combines Investigation Act* provided a mechanism to compel compliance with the order to produce, the *Income Tax Act* provided only a penalty for disobedience.

Accordingly, the Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

3. The Issues

The issues arising in this appeal are as follows:

1. Does s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is affirmative, can s. 231(3) of the *Income Tax Act* be sustained as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or is the provision of no force and effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?

4. Analysis

A chief source of revenue for the federal government is the collection of income tax. The legislative scheme which has been put in place to regulate the collection of tax is the *Income Tax Act*. The Act requires taxpayers to file annual returns and estimate their tax payable as a result of calculations made in these returns. Moreover, the Act requires various third parties such as employers, corporations and banks to file information on wages, dividends, interest payments and the like: see s. 221(1)(d) and Part II of the *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945. In essence, the system is a self-reporting and self-assessing one which depends upon the honesty and integrity of the taxpayers for its success: see *Search and Seizure Under the Income Tax Act* (1985), a study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada by Neil Brooks and Judy Fudge.

Le juge Grange a considéré qu'il était encore plus clair en l'espèce que dans l'affaire *Thomson* que la disposition visée n'autorisait pas une saisie, car la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit un moyen de contraindre le respect de l'ordre de produire des renseignements ou documents, alors que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit qu'une peine sanctionnant le refus de s'exécuter.

En conséquence, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel.

3. Les questions en litige

Les questions litigieuses en l'espèce sont les suivantes:

1. Le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, viole-t-il l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut-il être considéré comme une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou cette disposition est-elle inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

4. Analyse

La perception de l'impôt sur le revenu constitue l'une des principales sources de revenu du gouvernement fédéral. Le régime législatif mis en place pour réglementer la perception de l'impôt est la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette loi oblige les contribuables à produire des déclarations annuelles et à évaluer les impôts qu'ils ont à payer, conformément aux calculs effectués dans ces déclarations. De plus, la Loi oblige diverses tierces parties comme les employeurs, les sociétés et les banques, à produire des renseignements sur les salaires, les dividendes, les versements d'intérêts, et ainsi de suite: voir l'al. 221(1)d) et la partie II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945. Essentiellement, le régime mis sur pied est un régime d'auto-déclaration et d'auto-cotisation dont le succès repose sur l'honnêteté et l'intégrité des contribuables: voir *Search and Seizure Under the*

Nonetheless, it would be naive to think that no one attempts to take advantage of the self-reporting system in order to avoid paying his or her full share of the tax burden by violating the rules set forth in the Act. Because of this reality Parliament enacted several provisions, among them s. 231(3), giving the Minister of National Revenue power to investigate and audit taxpayers. Section 231 reads in part as follows:

231. (1) Any person thereunto authorized by the Minister, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, may, at all reasonable times, enter into any premises or place where any business is carried on or any property is kept or anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(a) audit or examine the books and records and any account, voucher, letter, telegram or other document which relates or may relate to the information that is or should be in the books or records or the amount of tax payable under this Act,

(b) examine property described by an inventory or any property, process or matter an examination of which may, in his opinion, assist him in determining the accuracy of an inventory or in ascertaining the information that is or should be in the books or records or the amount of any tax payable under this Act,

(c) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give him all reasonable assistance with his audit or examination and to answer all proper questions relating to the audit or examination either orally or, if he so requires, in writing, on oath or by statutory declaration and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with him, and

(d) if, during the course of an audit or examination, it appears to him that there has been a violation of this Act or a regulation, seize and take away any of the documents, books, records, papers or things that may be required as evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation.

(2) The Minister shall,

Income Tax Act (1985), une étude rédigée pour la Commission de réforme du droit du Canada par Neil Brooks et Judy Fudge. Il serait cependant naïf de croire que nul ne cherche à tirer profit du régime d'auto-déclaration pour tenter d'éviter de payer sa pleine part du fardeau fiscal en violant les règles énoncées dans la Loi. C'est à cause de cette réalité que le Parlement a édicté plusieurs dispositions, dont le par. 231(3), qui accordent au ministre du Revenu national le pouvoir d'enquêter sur les contribuables et de faire la vérification de leurs impôts. L'article 231 est rédigé en partie ainsi:

231. (1) Toute personne qui y est autorisée par le Ministre, pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, peut, en tout temps raisonnable, pénétrer dans tous lieux ou endroits dans lesquels l'entreprise est exploitée ou des biens sont gardés, ou dans lesquels il se fait quelque chose se rapportant à des affaires quelconques, ou dans lesquels sont ou devraient être tenus des livres ou registres, et

a) vérifier ou examiner les livres et registres, et tout compte, pièce justificative, lettre, télégramme ou autre document qui se rapporte ou qui peut se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de l'impôt exigible en vertu de la présente loi,

b) examiner les biens décrits dans un inventaire ou tous biens, procédés ou matière dont l'examen peut, à son avis, lui aider à déterminer l'exactitude d'un inventaire ou à contrôler les renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de tout impôt exigible en vertu de la présente loi,

c) obliger le propriétaire ou le gérant des biens ou de l'entreprise et toute autre personne présente sur les lieux de lui prêter toute aide raisonnable dans sa vérification ou son examen, et de répondre à toutes questions appropriées se rapportant à la vérification ou à l'examen, soit oralement, soit, si cette personne l'exige, par écrit, sous serment ou par déclaration exigée par la loi et, à cette fin, obliger le propriétaire ou le gérant de l'accompagner sur les lieux, et

d) si, au cours d'une vérification ou d'un examen, il lui semble qu'une infraction à la présente loi ou à un règlement a été commise, cette personne autorisée peut saisir et emporter tous documents, registres, livres, pièces ou choses qui peuvent être requis comme preuves de l'infraction à toute disposition de la présente loi ou d'un règlement.

(2) Le Ministre doit retourner les documents, livres, registres, pièces ou choses à la personne sur qui ils ont été saisis

(a) within 120 days from the date of seizure of any documents, books, records, papers or things pursuant to paragraph (1)(d), or

(b) if within that time an application is made under this subsection that is, after the expiration of that time, rejected, then forthwith upon the disposition of the application,

return the documents, books, records, papers or things to the person from whom they were seized unless a judge of a superior court or county court, on application made by or on behalf of the Minister, supported by evidence on oath establishing that the Minister has reasonable and probable grounds to believe that there has been a violation of this Act or a regulation and that the seized documents, books, records, papers or things are or may be required as evidence in relation thereto, orders that they be retained by the Minister until they are produced in any court proceedings, which order the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application.

(3) The Minister may, for any purposes related to the administration or enforcement of this Act, by registered letter or by a demand served personally, require from any person

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return, or

(b) production, or production on oath, of any books, letters, accounts, invoices, statements (financial or otherwise) or other documents,

within such reasonable time as may be stipulated therein.

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

a) dans les 120 jours de la date de la saisie de tous documents, registres, livres, pièces ou choses conformément à l'alinéa (1)d), ou

b) si pendant ce délai une demande est faite en vertu de ce paragraphe et est rejetée après l'expiration du délai, immédiatement après le rejet de la demande,

à moins qu'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, sur demande faite par ou pour le Ministre avec preuve fournie sous serment établissant que le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'il y a eu infraction à la présente loi ou à un règlement et que les documents, registres, livres, pièces ou choses saisis sont ou peuvent être requis comme preuves à cet égard, n'ordonne qu'ils soient retenus par le Ministre jusqu'à leur production en cour, ordonnance que le juge peut rendre sur demande *ex parte*.

(3) Pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, le Ministre peut, par lettre recommandée ou par demande signifiée à personne exiger de toute personne

a) tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire, ou

b) la production ou la production sous serment de livres, lettres, comptes, factures, états (financiers ou autres) ou autres documents,

dans le délai raisonnable qui peut y être fixé.

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

238. . . .

(2) Every person who has failed to comply with or contravened subsection 116(3), 127(3.1) or (3.2), 153(1), 227(5), 230.1(1) or 230.1(2), or section 230 or 231 is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(a) a fine of not less than \$200 and not exceeding \$10,000, or

(b) both the fine described in paragraph (a) and imprisonment for a term not exceeding 6 months.

This Court had occasion to consider s. 231(3) of the Act in *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue, supra*. It noted that the wording of the subsection was, on its face, extremely broad. The Court found, however, after reviewing its earlier decision in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, that once the appropriate rules of statutory interpretation had been applied to the subsection, it was not to be construed so broadly. The Court found at p. 623 that:

(a) the test of whether the Minister is acting for a purpose specified in the Act is an objective one and has to be decided on the proper interpretation of the subsection and its application to the circumstances disclosed;

(b) the obtaining of information relevant to the tax liability of some specific person or persons whose liability to tax is under investigation is a purpose related to the administration or enforcement of the Act;

(c) it is not necessary that the person from whom the information is sought be one whose liability to tax is under investigation;

(d) the fact that the giving of the information may disclose private transactions involving persons who are not under investigation and may not be liable to tax does not invalidate the requirement.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

238. . . .

(2) Quiconque a omis d'observer ou a enfreint les dispositions des paragraphes 116(3), 127(3.1) ou (3.2), 153(1), 227(5), 230.1(1) ou 230.1(2) ou de l'article 230 ou 231, est coupable d'une infraction et, en plus de toute autre peine prévue par ailleurs, est passible sur déclaration sommaire de culpabilité,

a) d'une amende d'au moins \$200 et d'au plus \$10,000, ou

b) à la fois de l'amende prescrite par l'alinéa a) et d'un emprisonnement d'au plus 6 mois.

Notre Cour a eu l'occasion d'étudier le par. 231(3) de la Loi dans l'affaire *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national*, précitée. Elle a noté que le texte du paragraphe avait, à première vue, une portée extrêmement large. La Cour a cependant conclu, après avoir examiné un de ses arrêts antérieurs, *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729, qu'une fois appliquées au paragraphe en cause les règles pertinentes d'interprétation des lois, ce paragraphe ne devait pas s'interpréter si largement. La Cour conclut ceci, à la p. 623:

a) le critère applicable à la question de savoir si le Ministre agit dans un but prévu par la Loi est un critère objectif et cette question doit être tranchée en fonction d'une interprétation juste du paragraphe et en fonction de son application aux circonstances décrites;

b) l'obtention de renseignements portant sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête est une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi;

c) il n'est pas nécessaire que la personne à qui les renseignements sont demandés soit une personne dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête;

d) le fait que des renseignements donnés puissent divulguer des opérations confidentielles qui mettent en cause des personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête et qui peuvent ne pas être assujetties à l'impôt n'a pas pour effet d'invalider la demande.

Notwithstanding that s. 231(3) has been narrowed in scope as a result of the common law rules relating to statutory interpretation, the appellants submit that the provision cannot withstand *Charter* scrutiny. They submit that the demand for information or documents under s. 231(3), coupled with its enforcement mechanism in s. 238(2), violates s. 8 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1.

Sections 8 and 1 of the *Charter* provide:

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

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

The seminal case on the interpretation to be given to s. 8 of the *Charter* is this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. In *Hunter* the Court found that s. 10 of the *Combines Investigation Act* violated s. 8. In coming to that conclusion the Court determined that one of the purposes underlying the s. 8 right was the protection of an individual's reasonable expectation of privacy.

In *Hunter* it was clear that a search was contemplated by the legislation and the Court therefore focussed its attention on the question whether the search was reasonable. In the present appeal we must answer the threshold question whether s. 231(3) authorizes a "seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Section 231(3) has the effect of requiring the individual named in the demand to provide information pursuant to para. (a) or documents pursuant to para. (b). In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425 (reasons delivered concurrently herewith), I concluded that a seizure was "the taking hold by a public authority of a thing belonging to a person against that person's will" (p. 493). *Thomson*, however, involved a seizure in a criminal or quasi-criminal

Bien que la portée du par. 231(3) ait été restreinte par l'application des règles de common law relatives à l'interprétation des lois, les appelantes n'en soutiennent pas moins que cette disposition est contraire à la *Charte*. Elles affirment que la demande de renseignements ou de documents prévue au par. 231(3), jointe au mécanisme d'exécution que l'on trouve au par. 238(2), viole l'art. 8 de la *Charte* et ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier.

Les articles 8 et premier de la *Charte* se lisent ainsi:

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

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

L'arrêt faisant autorité en ce qui concerne l'interprétation à donner à l'art. 8 de la *Charte* est celui de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité. La Cour a statué dans cet arrêt que l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* violait l'art. 8. En arrivant à cette conclusion, la Cour a déterminé que l'art. 8 visait notamment à protéger l'attente raisonnable des particuliers à la protection de leur vie privée.

Dans l'affaire *Hunter*, une perquisition était clairement envisagée par le texte de loi et la Cour s'est par conséquent concentrée sur la question de savoir si cette perquisition était raisonnable. En l'espèce, nous devons répondre à la question préliminaire de savoir si le par. 231(3) autorise une «saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Ce paragraphe a pour effet d'exiger de la personne à qui s'adresse la demande qu'elle fournisse des renseignements conformément à l'al. a) ou des documents conformément à l'al. b). Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 (rendu en même temps que le présent arrêt), j'ai conclu qu'une saisie est «l'appropriation par un pouvoir public d'un objet appartenant à une personne contre le gré de cette personne» (p. 493).

law context and I confined my remarks to that situation. Section 231(3) is not criminal or quasi-criminal legislation. The *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute since it controls the manner in which income tax is calculated and collected. This Court pointed out in *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756, that “the purpose of ss. 231(3) and 238(2), when read together, is not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act”.

Since s. 231(3) is not legislation in relation to a criminal or quasi-criminal proceeding, the question arises whether a “seizure” within the meaning of s. 8 takes place when the state compels the production of documents in a regulatory context. To answer this question one must, I think, return to the general discussion of Dickson J. in *Hunter* on the purposes underlying the s. 8 right. One of those purposes, he found, is the protection of the individual’s reasonable expectation of privacy. He stated at pp. 159-60:

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

It is apparent from the above that Dickson J. considered that the underlying value to be protected by s. 8 of the *Charter* was the individual’s interest in privacy. However, it was his view that the s. 8 protection was confined to “a reasonable expectation” because of the fact that the words “search or seizure” were qualified by the word “unreasonable”: see also *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Undoubtedly there will be instances in

Cependant, dans l’affaire *Thomson*, la saisie avait eu lieu dans un contexte de droit criminel ou quasi criminel et j’ai limité mes remarques à cette situation. Le paragraphe 231(3) ne constitue pas du droit criminel ou quasi criminel. La *Loi de l’impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation puisqu’elle régit la façon dont l’impôt sur le revenu est calculé et perçu. Notre Cour a souligné dans l’arrêt *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, à la p. 756, que «l’objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n’est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d’imposer le respect de la Loi».

Puisque le par. 231(3) ne se rapporte pas à une procédure criminelle ou quasi criminelle, il faut se demander s’il y a «saisie» au sens de l’art. 8 lorsque l’État exige la production de documents dans un contexte de réglementation. Pour répondre à cette question il faut, me semble-t-il, se reporter à l’exposé général du juge Dickson dans l’arrêt *Hunter* sur les fins qui sous-tendent le droit garanti à l’art. 8. Il a conclu que l’une de ces fins était de garantir l’attente raisonnable des particuliers à la protection de leur vie privée. Voici ce qu’il affirme, aux pp. 159 et 160:

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

Il ressort de ce qui précède que le juge Dickson considère que la valeur sous-jacente devant être protégée par l’art. 8 de la *Charte* est le droit des particuliers au respect de leur vie privée. Il estime cependant que la protection offerte par l’art. 8 ne vise qu’«une attente raisonnable» parce que l’expression «les fouilles, les perquisitions ou les saisies» est qualifiée par l’adjectif «abusives»: voir aussi l’arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

which an individual will have no privacy interest or expectation in a particular document or article required by the state to be disclosed. Under such circumstances, the state authorized inspection or the state demand for production of documents will not amount to a search or seizure within s. 8: see *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at p. 638. However, I do not think that is so here. I reach that conclusion for two reasons. First, s. 231(3), even construed narrowly in accordance with prior authority, envisages the compelled production of a wide array of documents and not simply those which the state requires the taxpayer to prepare and maintain under the legislation. Second, the legislation contemplates that parties who are not the subject of an investigation or audit can be compelled to produce documents relating to another taxpayer who is the subject of such investigation or audit. Thus, compelled production reaches beyond the strict filing and maintenance requirements of the Act and may well extend to information and documents in which the taxpayer has a privacy interest in need of protection under s. 8 of the *Charter* although it may not be as vital an interest as that obtaining in a criminal or quasi-criminal context. I would therefore conclude that the application of s. 231(3) of the *Income Tax Act* to the appellants constitutes a "seizure" since it infringes on their expectations of privacy. It remains to be determined, however, whether the state's intrusion on that privacy interest is unreasonable or, to put it another way, whether it violates the taxpayers' reasonable expectation of privacy.

In *Hunter*, Dickson J. set forth several criteria which had to be met in order that a search be reasonable. I summarized these criteria in *Thomson* (at p. 499):

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
- (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the

Il arrive sans aucun doute qu'un particulier n'a aucun intérêt ni aucune attente à ce que soit protégé un document ou un article particulier dont l'État réclame la production. Dans de telles circonstances, l'examen autorisé par l'État ou sa demande de production des documents ne correspond pas aux fouilles, aux perquisitions ou aux saisies dont parle l'art. 8: voir l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, à la p. 638. Toutefois, je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. J'en arrive à cette conclusion pour deux motifs. Premièrement, le par. 231(3), même interprété de façon stricte conformément à la jurisprudence antérieure, envisage la production forcée d'un large éventail de documents et non simplement de ceux que le contribuable est tenu, en vertu de la Loi, de tenir et de conserver. Deuxièmement, la Loi prévoit que des personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête ou d'une vérification peuvent être forcées à produire des documents relatifs à un autre contribuable qui fait l'objet d'une telle enquête ou vérification. Ainsi donc, la production forcée va au-delà des exigences strictes de la Loi en matière de dépôt et de tenue de documents et elle peut fort bien s'étendre à des renseignements et à des documents que le contribuable a intérêt à voir protéger conformément à l'art. 8 de la *Charte*, bien que cet intérêt puisse ne pas être aussi essentiel que celui qui existe dans un contexte criminel ou quasi criminel. Je conclus donc que l'application aux appelantes du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constitue une «saisie» puisqu'elle viole leurs attentes en matière de protection de leur vie privée. Il reste toutefois à déterminer si l'atteinte de l'État à ce droit à la vie privée est abusive, ou, en d'autres termes, si elle viole les attentes raisonnables qu'ont les contribuables en matière de protection de leur vie privée.

Dans l'arrêt *Hunter*, le juge Dickson a énoncé plusieurs critères que doit respecter une fouille ou une perquisition pour être raisonnable. J'ai résumé ces critères dans l'arrêt *Thomson* (à la p. 499):

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des

- authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed;
- (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and
- (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.
- motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et
- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

It is important to note that these criteria were enunciated in the context of an appeal concerning the validity of a section which was, in essence, criminal or quasi-criminal in nature. As I stated in *Thomson* (at pp. 495-96):

Not all seizures violate s. 8 of the *Charter*; only unreasonable ones. Put another way, an individual is accorded only a reasonable expectation of privacy. At some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed. However, the state interest only becomes paramount when care is taken to infringe the privacy interest of the individual as little as possible. It is because of this need for delicate balancing that Dickson J. in *Hunter* identified several criteria which must be met if a search in a criminal investigation is to meet the test of reasonableness. I think that these criteria were accurately summarized by Holland J. at trial as set out earlier in these reasons. I would agree, however, that these criteria are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation. What may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context. What is important is not so much that the strict criteria be mechanically applied in every case but that the legislation respond in a meaningful way to the concerns identified by Dickson J. in *Hunter*. This having been said, however, it would be my view that the more akin to traditional criminal law the legislation is, the less likely it is that departures from the *Hunter* criteria will be countenanced. This seems to have been what Dickson C.J. had in mind when he said in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 527, that

Il est important de souligner que ces critères ont été énoncés dans cadre d'un pourvoi relatif à la validité d'un article qui était, essentiellement, de nature criminelle ou quasi criminelle. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Thomson* (aux pp. 495 et 496):

Ce ne sont pas toutes les saisies qui violent l'art. 8 de la *Charte*, seulement celles qui sont abusives. En d'autres termes, un individu n'a droit qu'à une attente raisonnable en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Il vient en effet un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document. L'intérêt de l'État ne l'emporte cependant que si on a pris soin de porter le moins possible atteinte au droit de l'individu au respect de sa vie privée. C'est cette nécessité de soupeser délicatement les différents intérêts qui a poussé le juge Dickson dans l'affaire *Hunter* à énoncer plusieurs critères à remplir pour qu'une fouille ou perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête criminelle satisfasse au critère du caractère raisonnable. Je crois que le juge Holland en première instance a bien résumé ces critères dans le passage reproduit antérieurement dans les présents motifs. Je conviens toutefois que lesdits critères ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause. Ce qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel. L'important n'est pas tant que les critères stricts soient appliqués automatiquement dans chaque cas, mais que le texte législatif tienne compte de façon significative des préoccupations exprimées par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*. Cela dit, toutefois, j'estime que plus une loi s'apparente au droit criminel traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères établis dans l'arrêt *Hunter* sera toléré. C'est ce que le juge en chef Dickson semble avoir eu en tête quand il a affirmé dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2

departures from the *Hunter* criteria will be exceedingly rare.

In *Simmons*, *supra*, this Court departed from the rigidity of the *Hunter* criteria. In that case the Court found that it was not necessary for the *Hunter* criteria to be met in the context of customs searches since a person's reasonable expectation of privacy was quite low at border crossings. Dickson C.J. stated at p. 528:

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process.

In my opinion, flexibility is key to interpreting any constitutional document including the *Charter*. It would be wrong, I think, for the courts to apply a rigid approach to a particular section of the *Charter* since that provision must be capable of application in a vast variety of legislative schemes. As Dickson J. stated in *Hunter* at p. 155:

It is clear that the meaning of "unreasonable" cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction. The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties.

R.C.S. 495, à la p. 527, que les dérogations aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* seront extrêmement rares.

Dans l'arrêt *Simmons*, précité, notre Cour s'est écartée de la rigidité des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. En effet, dans l'arrêt *Simmons*, la Cour a statué que les critères de l'arrêt *Hunter* n'avaient pas à être respectés dans le contexte des fouilles effectuées aux douanes car les attentes raisonnables en matière de vie privée sont très faibles à la frontière dans ces circonstances. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 528:

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen.

À mon sens, la souplesse est essentielle à l'interprétation de tout document constitutionnel, y compris la *Charte*. J'estime que les tribunaux auraient tort d'interpréter avec rigidité un article particulier de la *Charte* puisque cette disposition doit pouvoir s'appliquer à une grande variété de régimes législatifs. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, à la p. 155:

Il est clair qu'on ne peut pas déterminer le sens du mot «abusives» au moyen d'un dictionnaire ou des règles d'interprétation des lois. L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels.

Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful. I think the point is aptly made by A. D. Reid and A. H. Young in "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, at pp. 398-400:

A person's expectations of privacy with respect to administrative search and seizure have been less well defined [than criminal search and seizure]. There are facets of state authority, generically associated with search or seizure, that are so intertwined with the regulated activity as to raise virtually no expectation of privacy whatsoever. Inspections may be blended into product grading functions, and in fact, they may be so integrated into the production process that a *refusal* to inspect can by law be invoked as a sanction to enforce the maintenance of prescribed sanitary conditions within the plant. Other activities are regulated so routinely that there is virtually no expectation of privacy from state intrusion. Annual filing requirements for banks, corporations, trust companies, loan companies, and the like are inextricably associated with carrying on business under state licence.

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

Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens. Je crois que ce point de vue a été bien exposé par A. D. Reid et A. H. Young dans leur article intitulé «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, aux pp. 398 à 400:

[TRADUCTION] Les attentes d'une personne en matière de vie privée relativement aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies administratives sont moins bien définies [que relativement aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies dans un contexte criminel]. Il y a des aspects de l'autorité de l'État, communément associée aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, qui sont si étroitement liés à l'activité réglementée que ceux qui en font l'objet ne s'attendent pratiquement pas au respect de leur vie privée. Les inspections peuvent s'intégrer aux fonctions de classement des produits et même faire si intimement partie du processus de production que le *refus* de procéder à une inspection peut légalement être invoqué comme sanction pour assurer l'application des normes d'hygiène prescrites dans l'usine. D'autres activités sont réglementées de façon si courante qu'on ne s'attend pratiquement pas à ce qu'elles soient protégées contre l'immixtion de l'État. L'obligation faite aux banques, aux sociétés, aux compagnies de fiducie et aux compagnies de prêt et autres organismes semblables de produire des déclarations annuelles fait inextricablement partie de l'exploitation de l'entreprise en vertu d'un permis de l'État.

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

detecting non-compliance, and that its detection serves an important public purpose. Inspections to determine work place safety, building safety, aviation safety, fire safety, environmental quality, food quality, health standards and the like have been routinely authorized by statute without specifying grounds for intruding upon someone's privacy.

There is, therefore, a large circle of social and business activity in which there is a very low expectation of privacy. The issue is not whether, but rather when, how much, and under what conditions information must be disclosed to satisfy the state's legitimate requirements. Every person who files an annual tax return may be said to enjoy a low expectation of privacy with respect to information about his income. But that is surely tempered by an expectation that demands for information have limits, and will be administered under terms that are fair and reasonable. That is what section 8 of the Charter is all about. [Emphasis added.]

The lower courts, generally speaking, have shown no hesitation in applying s. 8 flexibly in relation to a wide variety of regulatory schemes. A few examples make the point. In *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (Alta. C.A.), the court held that the provisions of the *Individual's Rights Protection Act* which allowed for the compulsory production of an individual's documents by the Human Rights Commission were not unreasonable. In that case the court did not apply the standard of reasonableness applicable to criminal cases. Rather, the court applied the rough model of reasonableness employed in production of documents in civil cases. The rationale for this was that what is reasonable "depends upon consideration of what is sought, from whom, for what purpose, by whom, and in what circumstances": see p. 307. This approach was followed in *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (Alta. Q.B.), wherein McDonald J. held that the provisions of the *Medical Profession Act* which compelled the production of a doctor's documents and records were reasonable.

respect de la loi. Ces pouvoirs se fondent sur l'opinion que l'inspection peut être le seul moyen de découvrir les violations et que cette découverte répond à un objectif public important. Les inspections visant à assurer la sécurité des lieux de travail et celle des édifices, la sécurité aérienne et la protection contre les incendies, la qualité de l'environnement et celle des aliments, le respect des normes d'hygiène et ainsi de suite, ont été couramment autorisées par des lois sans que soient précisés les motifs de cette immixtion dans la vie privée.

Il existe donc un grand nombre d'activités sociales et commerciales à l'égard desquelles les attentes en matière de vie privée sont très faibles. La question n'est pas de savoir si des renseignements doivent être communiqués pour répondre aux exigences légitimes de l'État, mais plutôt de savoir quand cela doit se faire, dans quelle mesure et à quelles conditions. On peut considérer que quiconque produit une déclaration d'impôt annuelle s'attend peu à garder pour lui seul les renseignements ayant trait à son revenu. Mais cela est sûrement tempéré par l'attente que les demandes de renseignements aient des limites et qu'elles respectent des modalités justes et raisonnables. Voilà de quoi retourne l'article 8 de la Charte. [Je souligne.]

De façon générale, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas hésité à appliquer l'art. 8 avec souplesse relativement à une grande variété de régimes de réglementation. Quelques exemples le prouvent. Dans l'affaire *Re Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan* (1983), 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alb.), la cour a statué que les dispositions de l'*Individual's Rights Protection Act* qui permettaient à la Commission des droits de la personne d'exiger la production des documents d'un particulier n'étaient pas abusives. Dans cette affaire, la cour n'a pas utilisé la norme du caractère raisonnable applicable en matière criminelle. Elle a plutôt appliqué la norme rudimentaire du caractère raisonnable utilisée pour la production de documents en matière civile. La raison en était que ce qui est raisonnable [TRANSDUCTION] «dépend de l'examen de ce qui est demandé, à qui, dans quel but, par qui, et dans quelles circonstances»: voir p. 307. Ce point de vue a été adopté dans l'affaire *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1984), 8 D.L.R. (4th) 696 (B.R. Alb.), où le juge McDonald a conclu que les dispositions de la *Medical Profession Act* qui exigeaient la production des documents et des archives d'un médecin étaient raisonnables.

In *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), the court upheld the validity of the provisions of the *Employment Standards Act* which allowed an employment standards officer to enter upon business premises and require the production of certain documents and remove them for copying. MacKinnon A.C.J.O. stated at p. 512:

The standards to be applied to the reasonableness of a search or seizure and the necessity for a warrant with respect to criminal investigations cannot be the same as those to be applied to search or seizure within an administrative and regulatory context . . . The "search or seizure" in the instant case, if such it is, is not aimed at detecting criminal activity, but rather, as indicated, in ensuring and securing compliance with the regulatory provisions of the Act enacted for the purpose of protecting the public interest.

In *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.), the court considered the validity of a by-law which authorized the entry of a building inspector on property or premises to ascertain whether there had been compliance with the by-law. The court applied the reasoning in *Belgoma* and ruled that an individual's privacy interests in connection with this type of inspection were much less than those in *Hunter*.

I refer to these cases not to approve or disapprove the results achieved but rather as evidence of the need to take a flexible and purposive approach to s. 8 of the *Charter*. It is consistent with this approach, I believe, to draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard may apply depending upon the legislative scheme under review. I do not believe that when the Chief Justice said in *Simmons* at p. 527 that departures from the *Hunter* criteria would be rare he was applying his mind to searches or seizures in the context of regulatory legislation. I think he was addressing as in the cases of *Hunter* and *Simmons*

Dans l'affaire *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.), la cour a confirmé la validité des dispositions de la *Loi sur les normes d'emploi* qui permettaient à un agent des normes d'emploi de pénétrer dans des locaux commerciaux, d'exiger la production de certains documents et de les emporter pour en tirer des copies. Le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario affirme, à la p. 512:

[TRADUCTION] Les critères applicables au caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie et à la nécessité d'obtenir un mandat dans le cadre des enquêtes criminelles ne peuvent être les mêmes que ceux auxquels doivent répondre les mêmes mesures dans un contexte administratif et réglementaire [...] La «fouille, perquisition ou saisie» en l'espèce, le cas échéant, ne vise pas à mettre à jour des activités criminelles mais plutôt, tel qu'indiqué, à assurer le respect des dispositions de réglementation de la Loi, édictées dans l'intérêt public.

Dans l'arrêt *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.), la cour avait à se prononcer sur la validité d'un règlement municipal qui permettait à un inspecteur des bâtiments de pénétrer dans des propriétés ou des lieux pour vérifier si ce règlement avait été respecté. La cour a adopté le raisonnement suivi dans l'arrêt *Belgoma* et elle a statué que les intérêts d'un individu en matière de vie privée relativement à ce genre d'inspection étaient beaucoup moindres que ceux dont il était question dans l'affaire *Hunter*.

Je cite ces arrêts non pour en approuver ou désapprouver l'issue mais plutôt pour prouver la nécessité d'une interprétation de l'art. 8 de la *Charte* qui soit souple et fondée sur l'objet visé. J'estime qu'il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné. Je ne crois pas que lorsque le Juge en chef a affirmé, à la p. 527 de l'arrêt *Simmons*, que les dérogations aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* seraient rares, il songeait aux fouilles, aux perquisitions ou

themselves searches or seizures in a criminal or quasi-criminal context. It is with these considerations in mind that I examine the reasonableness of s. 231(3) of the *Income Tax Act*.

At the beginning of my analysis I noted that the *Income Tax Act* was based on the principle of self-reporting and self-assessment. The Act could have provided that each taxpayer submit all his or her records to the Minister and his officials so that they might make the calculations necessary for determining each person's taxable income. The legislation does not so provide, no doubt because it would be extremely expensive and cumbersome to operate such a system. However, a self-reporting system has its drawbacks. Chief among these is that it depends for its success upon the taxpayers' honesty and integrity in preparing their returns. While most taxpayers undoubtedly respect and comply with the system, the facts of life are that certain persons will attempt to take advantage of the system and avoid their full tax liability.

Accordingly, the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers' returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns. The Minister must be capable of exercising these powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act. Often it will be impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation. A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system can be maintained. If this is the case, and I believe that it is, then it is evident that the *Hunter* criteria are ill-suited to determine whether a seizure under s. 231(3) of the *Income Tax Act* is reasonable. The regulatory nature of the legislation and the scheme enacted require otherwise. The need for random monitoring is incompatible with the requirement in *Hunter* that the person seeking authorization for a search

aux saisies effectuées en application d'un texte de réglementation. Je crois plutôt qu'il visait, comme c'était le cas dans les affaires *Hunter* et *Simmons*, les fouilles, les perquisitions ou les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle. C'est donc dans cette optique que je vais examiner le caractère raisonnable du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Au début de mon analyse, j'ai souligné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* se fondait sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation. La Loi aurait pu prévoir que chaque contribuable doit remettre tous ses documents au Ministre et à ses fonctionnaires pour qu'ils puissent faire les calculs nécessaires pour déterminer le revenu imposable de chacun. La Loi n'exige pas cela, sûrement parce qu'un tel système serait extrêmement coûteux et peu commode. Cependant, un régime d'auto-déclaration a ses désavantages, dont le principal est que son succès dépend de l'honnêteté et de l'intégrité du contribuable dans la préparation de sa déclaration. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des contribuables respectent le régime et s'y conforment, c'est un fait que certaines personnes tentent d'en tirer profit et d'échapper en partie au fisc.

Conséquemment, le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le Ministre doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal. Si tel est le cas, et je crois qu'il en est ainsi, il est évident que les critères de l'arrêt *Hunter* ne conviennent pas pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La nature réglementaire du texte législatif et son intention générale ne s'y prêtent pas. La nécessité d'un contrôle au hasard est incompatible

or seizure have reasonable and probable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed. If this *Hunter* criterion is inapplicable, then so too must the remaining *Hunter* criteria since they all depend for their vitality upon the need to establish reasonable and probable grounds. For example, there is no need for an impartial arbiter capable of acting judicially since his central role under *Hunter* is to ensure that the person seeking the authorization has reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed, that there are reasonable and probable grounds to believe that the authorization will turn up something relating to that particular offence, and that the authorization only goes so far as to allow the seizure of documents relevant to that particular offence.

This is not to say that any and all forms of search and seizure under the *Income Tax Act* are valid. The state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual's privacy interest. The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

In my opinion, s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the produc-

avec l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Hunter*, que la personne qui demande l'autorisation ait des motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise. Si ce critère énoncé dans l'arrêt *Hunter* est inapplicable, il doit en être de même pour les autres critères établis dans cet arrêt puisque leur validité repose sur la nécessité d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. Par exemple, il n'est pas nécessaire d'avoir un arbitre impartial en mesure d'agir de façon judiciaire puisque son rôle principal, selon l'arrêt *Hunter*, consiste à s'assurer que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction précise a été commise, qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'autorisation permettra de découvrir quelque chose ayant trait à cette infraction précise, et que l'autorisation ne vise qu'à permettre la saisie de documents se rapportant à l'infraction précise.

Il ne faut pas conclure que toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont valides. L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

À mon sens, le par. 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simple-

tion of records which may be relevant to the filing of an income tax return. A taxpayer's privacy interest with regard to these documents *vis-à-vis* the Minister is relatively low. The Minister has no way of knowing whether certain records are relevant until he has had an opportunity to examine them. At the same time, the taxpayer's privacy interest is protected as much as possible since s. 241 of the Act protects the taxpayer from disclosure of his records or the information contained therein to other persons or agencies.

5. Disposition

For these reasons I conclude that the seizure contemplated by s. 231(3) of the *Income Tax Act* is reasonable and does not violate s. 8 of the *Charter*. That being so, it is unnecessary for me to consider whether the section is justified under s. 1 of the *Charter*. I would dismiss the appeal and make no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Wilson J., who sets forth the facts, the issues and the judicial history of this appeal. As in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, released concurrently, we are dealing with a statute which, though supported by penal sanctions, including imprisonment, is essentially of an administrative nature. These sanctions, as in *Thomson*, appear in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, for strictly instrumental reasons and, as in *Thomson*, the impugned provision is necessary to ensure compliance with the Act. For the reasons I gave in *Thomson* and, subject to what I there said, those of Wilson J. in this appeal, I would dispose of the appeal and answer the constitutional question in the manner proposed by her.

ment la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu. Le droit du contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard de ces documents est relativement faible vis-à-vis le Ministre. Ce dernier est absolument incapable de savoir si certains documents sont utiles avant d'avoir eu la possibilité de les examiner. En même temps, le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu'il est possible de le faire puisque l'art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu'ils contiennent à d'autres personnes ou organismes.

^c 5. Dispositif

Pour ces motifs, je conclus que la saisie envisagée par le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est raisonnable et ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Cela étant, je n'ai pas à me prononcer sur la question de savoir si la disposition en cause est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson qui, en plus d'exposer les faits et les questions en litige, fait l'historique des procédures en l'espèce. Comme dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu en même temps que le présent arrêt, nous sommes saisis d'une loi qui, bien qu'assortie de sanctions pénales dont l'emprisonnement, est essentiellement de nature administrative. Comme dans l'arrêt *Thomson*, ces sanctions sont incluses dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, pour des raisons strictement pratiques et, comme dans l'arrêt *Thomson*, la disposition attaquée est nécessaire pour assurer le respect de la Loi. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson* et, sous réserve des propos que j'y ai tenus, pour les motifs exposés par le juge Wilson dans le présent pourvoi, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle de la même manière qu'elle l'a fait.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX DUBÉ J.—Subject to the reasons set out in my opinion in the case of *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, released concurrently, I concur with Wilson J. in her disposition of the present appeal and I would answer the constitutional questions as she does.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard together with *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617, and judgment in the three appeals is being delivered concurrently. The issues in the appeal are set out in the constitutional questions which have been stated:

1. Is section 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 231(3) from being declared of no force or effect?

I agree with the disposition of this appeal proposed by Justice Wilson but for different reasons. For the reasons which I gave in *Thomson*, I am of the opinion that neither the letters of demand herein nor s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The letters of demand do not constitute a seizure and s. 231(3) does not authorize a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The demand authorized by s. 231(3) is less intrusive than an order under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, and therefore what I said in *Thomson* applies *a fortiori* to the demand letters in issue in this appeal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, rendu en même temps que le présent arrêt, je suis d'accord avec la façon dont le juge Wilson statue sur le présent pourvoi et je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que ma collègue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi a été entendu en même temps que les affaires *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617. Les jugements relatifs à ces trois pourvois sont rendus simultanément. Les questions soulevées en l'espèce ressortent des questions constitutionnelles qui ont été formulées:

1. Le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'incompatibilité existe, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet-il de ne pas déclarer le par. 231(3) inopérant?

Je suis d'accord avec la façon dont le juge Wilson propose de statuer sur le présent pourvoi, mais pour des motifs différents. Pour les raisons que j'ai exposées dans l'affaire *Thomson*, je suis d'avis que ni les lettres formulant les demandes ici en cause ni le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, ne violent l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces lettres ne constituent pas une saisie et le par. 231(3) n'autorise pas une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La demande autorisée par le par. 231(3) est moins envahissante que l'ordre donné en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et ce que j'ai dit dans l'affaire *Thomson* s'applique donc à plus forte raison aux lettres formulant les demandes dont il est question en l'espèce.

I would answer the constitutional questions:

1. Is section 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If there is such an inconsistency, does s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* save s. 231(3) from being declared of no force or effect?

Answer: Need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Goodman & Goodman, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard and Gilles Laporte, Ste-Foy.

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

Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si l'incompatibilité existe, l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet-il de ne pas déclarer le par. 231(3) inopérant?

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelantes: Goodman & Goodman, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard et Gilles Laporte, Ste-Foy.

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

The Board of Education of the Indian Head School Division No. 19 of Saskatchewan
Appellant

v.

Ronald Gary Knight *Respondent*

INDEXED AS: KNIGHT v. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19

File No.: 21040.

1989: November 28, 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Administrative law — Procedural fairness — School board dismissing employee hired under contract — Contract providing for dismissal on notice — Employee's position made known to Board — No hearing as to whether or not employee should be dismissed — Whether or not duty of procedural fairness required generally, under The Education Act or under contract — If so, whether or not duty of procedural fairness breached — The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, ss. 91(x), 112, 113, 206(d).

Labour law — Contract — Wrongful dismissal — Position created by and duties defined in statute — School board dismissing employee hired under contract — Contract providing for dismissal on notice — Whether or not employee could be dismissed only for cause under The Education Act or employment contract — The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, s. 106.

The respondent, who was director of education for the appellant Board, was dismissed by the appellant on three months' notice. He took action against the appellant Board for wrongful and unlawful dismissal, alleging the absence of procedural fairness. The written contract of employment provided for an annual review with a view to the possibility of revision, provided the agreement had not otherwise been terminated. Termination could be effected by either party on three months' notice in writing or by resolution of the Board for just cause provided the employee be given a fair hearing and investigation. Two Board members met with the respondent and informed him that the Board did not intend to renew the existing contract but was ready to negotiate a new contract on a one-year basis. Respond-

The Board of Education of the Indian Head School Division No. 19 of Saskatchewan
Appellant

a c.

Ronald Gary Knight *Intimé*

RÉPERTORIÉ: KNIGHT c. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19

b N° du greffe: 21040.

1989: 28, 29 novembre; 1990: 29 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit administratif — Équité procédurale — Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat — Contrat prévoyant le congédiement sur préavis — Conseil informé de la position de l'employé — Aucune audition relative à l'opportunité de renvoyer l'employé — The Education Act ou le contrat imposent-ils une obligation générale d'équité procédurale? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu manquement à l'obligation d'équité procédurale? — The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 91(x), 112, 113, 206(d).

Droit du travail — Contrat — Congédiement injustifié — Poste créé et fonctions définies par une loi — Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat — Contrat prévoyant le congédiement sur préavis — L'employé ne pouvait-il être renvoyé que pour un motif valable en vertu de The Education Act ou du contrat de travail? — The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 106.

L'intimé, qui était directeur de l'enseignement du conseil appellant, a été démis de ses fonctions sur préavis de trois mois. Alléguant un manquement à l'équité procédurale, il a poursuivi le Conseil pour congédiement abusif et illicite. Le contrat de travail écrit prévoyait un examen annuel en vue de sa modification éventuelle, pourvu qu'il n'eût pas déjà été résilié de quelque autre manière. Le contrat pouvait être résilié par l'une ou l'autre partie sur préavis écrit de trois mois ou par résolution du Conseil pour des motifs valables, à condition que l'employé ait droit à une audition équitable et qu'il y ait enquête. Deux membres du Conseil ont rencontré l'intimé et l'ont informé que le Conseil n'avait pas l'intention de renouveler le contrat existant, mais était prêt à négocier un nouveau contrat pour une durée d'un

ent neither accepted nor rejected the Board's proposal. The parties were unable to reach an agreement. The respondent insisted that the term of the contract extend for the balance of the three-year period originally provided for and the appellant Board insisted on a one-year term. The appellant Board passed resolutions to terminate the respondent's employment and to give him three months' notice of the termination.

The respondent brought an action against the appellant claiming unlawful and wrongful dismissal and seeking reinstatement with back pay and benefits owed by virtue of the employment contract. The Court of Queen's Bench dismissed the action. The Court of Appeal, however, allowed the appeal and made an order for damages equivalent to the respondent's salary from the date of dismissal until the expiration of the contract, August 31, 1985.

The questions at issue here are: (1) could the respondent be fired only for cause under the terms of *The Education Act* or his employment contract; (2) was respondent entitled to procedural fairness; (3) if so, what is the scope of the duty to act fairly in the context of an employee-employer relationship; and (4) given there was a duty to act fairly, was it complied with?

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory J.J.: Section 112 of *The Education Act* deals with the dismissal of non-teaching personnel. It relies on the terms of the employment contract and provides for a minimum thirty-day notice if the contract does not contain such provisions. It does not list specific grounds for dismissal or explicitly provide for a notice of such grounds or for a procedure to be followed.

The contract provides for termination for cause or termination which is not dependent on cause simply upon a three months' written notice. This latter route does not necessarily entail that the procedure involved can be arbitrary. A general right to procedural fairness, or one arising from *The Education Act* or the contract, may exist.

Neither the statute nor the contract accords a right to procedural fairness. The duty to act fairly does not form part of employment law but stems from the fact that the employer is a public body whose powers are derived from statute and must be exercised according to the rules of administrative law. The existence of a general duty of fairness depends on: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the

an. L'intimé n'a ni accepté ni rejeté la proposition du Conseil. Les parties n'ont pu arriver à une entente. L'intimé tenait à ce que le contrat soit maintenu pour le reste de la durée de trois ans initialement prévue, tandis que le Conseil tenait à une durée d'un an. Le Conseil a adopté des résolutions pour mettre fin à l'emploi de l'intimé sur préavis de trois mois.

Alléguant le congédiement injuste et illégal, l'intimé a intenté à l'appellant une action en réintégration dans son poste avec paiement rétroactif du salaire et des avantages sociaux qui lui revenaient aux termes du contrat de travail. Cette action a été rejetée par la Cour du Banc de la Reine. La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel et a ordonné le paiement de dommages-intérêts correspondant au salaire de l'intimé à partir de la date de son congédiement jusqu'à l'expiration du contrat, le 31 août 1985.

Les questions qui se posent en l'espèce sont: (1) Aux termes de *The Education Act* ou du contrat de travail, le renvoi de l'intimé devait-il être motivé? (2) L'intimé avait-il droit à l'équité procédurale? (3) Dans l'affirmative, quelle est l'étendue de l'obligation d'agir équitablement dans le contexte d'une relation employé-employeur? (4) S'il y avait une obligation d'agir équitablement, a-t-elle été remplie?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory: L'article 112 de *The Education Act* traite du congédiement de personnel non enseignant. Il renvoie aux conditions du contrat de travail et prévoit un préavis d'au moins trente jours pour les cas où le contrat n'en stipulerait pas. L'article 112 n'énonce pas de motifs précis de renvoi ni ne prévoit expressément un préavis faisant état de tels motifs ou une procédure à suivre.

Le contrat prévoit la résiliation pour un motif valable ou la résiliation sur préavis écrit de trois mois, indépendamment de l'existence de motifs valables. La seconde ne veut pas nécessairement dire qu'il est permis d'agir arbitrairement. Il peut en effet exister un droit général à l'équité procédurale ou un tel droit résultant de *The Education Act* ou du contrat.

Ni la loi ni le contrat ne confère un droit à l'équité procédurale. L'obligation d'agir équitablement ne fait pas partie du droit du travail, mais procède du fait que l'employeur est un organisme public dont les pouvoirs dérivent d'une loi et doivent s'exercer en conformité avec les règles du droit administratif. L'existence du devoir général d'agir équitablement dépend: (i) de la nature de la décision à prendre par l'organisme administratif; (ii)

relationship existing between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights.

It is no longer necessary to consider whether a decision is judicial, quasi-judicial or administrative because the duty to act judicially and the duty to act fairly arise from the same general principles of natural justice. Not all administrative bodies, however, are under a duty to act fairly. Decisions of a legislative and general nature can be distinguished from acts of a more administrative and specific nature which do not entail such a duty. Further, decisions of a final nature may attract this duty unlike decisions of a preliminary nature. The Board's decision here was of a final and specific nature and accordingly could entail the existence of a duty to act fairly on the part of the Board.

The employment relationship between an employer and an employee were traditionally classified into three categories: (i) the master and servant relationship, where there is no duty to act fairly when deciding to terminate the employment; (ii) the office held at pleasure, where no duty to act fairly exists, since the employer can decide to terminate the employment for no other reason than his displeasure; and (iii) the office from which one cannot be removed except for cause, where there exists a duty to act fairly on the part of the employer.

The employment relationship here was not that of master and servant but rather an office which encompassed some elements of a public nature and some elements that were clearly contractual. This office, since respondent could be dismissed for reasons other than cause, was one held at pleasure. Recent developments in administrative law make procedural fairness an essential requirement of an administrative decision to terminate either of the last two classes of employment. The employee is therefore accorded an opportunity, quite independent of the grounds triggering the dismissal, to try to change employer's mind about the dismissal.

On a wider policy level, the powers exercised by the Board are delegated statutory powers which should be put only to legitimate use. Unlike "pure master and servant" relationships, the public has an interest in the proper use of delegated power by administrative bodies. The fact that an office holder could be dismissed for cause or at pleasure would not warrant a distinction with regard to the existence of a duty to act fairly, since in both cases statutory powers are exercised. It is not

de la relation existant entre cet organisme et le particulier; et (iii) de l'effet de cette décision sur les droits du particulier.

Il n'est plus nécessaire de se demander si une décision est judiciaire, quasi judiciaire ou administrative parce que l'obligation d'agir de manière judiciaire et celle d'agir équitablement découlent des mêmes principes généraux de justice naturelle. Les organismes administratifs ne sont cependant pas tous tenus d'agir équitablement. Les décisions d'une nature législative et générale peuvent être distinguées des actes de nature plus administrative et particulière, qui ne comportent pas une telle obligation. De plus, les décisions de nature définitive peuvent, à la différence de celles de nature préliminaire, faire naître cette obligation. En l'espèce, le Conseil a pris une décision de nature définitive et particulière qui pouvait en conséquence comporter une obligation de sa part d'agir équitablement.

La relation entre employeur et employé a été classifiée traditionnellement en trois catégories: (i) les relations de maître et serviteur, où la décision de congédiement n'est soumise à aucune obligation d'agir équitablement; (ii) le cas de la charge occupée à titre amovible, où il n'existe aucune obligation d'agir équitablement puisque l'employeur peut décider la cessation de l'emploi sans autre motif que son insatisfaction; et (iii) le cas de la charge dont on ne peut être destitué que pour un motif valable, où il incombe à l'employeur d'agir équitablement.

En l'espèce, la relation d'emploi n'était pas «purement» une relation de maître et serviteur mais une charge comportant des aspects de nature publique et des éléments manifestement contractuels. Comme l'intimé pouvait être renvoyé autrement que pour un motif valable, il occupait cette charge à titre amovible. Récemment, le droit administratif a évolué de manière à faire de l'équité procédurale un élément essentiel d'une décision administrative de congédier des employés relevant de l'une ou de l'autre des deux dernières catégories d'emploi. L'employé se voit donc accorder la possibilité, indépendamment des raisons du renvoi, de tenter d'amener l'employeur à changer d'avis au sujet du congédiement.

Sur le plan plus large des raisons de principe, les pouvoirs exercés par le Conseil sont des pouvoirs légaux délégués qui ne devraient servir qu'à des fins légitimes. À l'opposé du cas de «pures» relations de maître et serviteur, le public a intérêt à ce que les organismes administratifs exercent d'une manière appropriée leurs pouvoirs délégués. Le fait que le titulaire d'une charge publique puisse être renvoyé pour un motif valable ou au gré de l'employeur ne justifierait pas de faire une dis-

necessary, in this respect, to characterize the employment so that it fits into one or the other of those classes. The distinction, however, is not obsolete in all respects. In the case of an office held at pleasure, even after the giving of reasons and the granting of a hearing, the employer's mere displeasure is still justification enough to validly terminate the employment.

The right to procedural fairness exists only if the decision is a significant one and has an important impact on the individual. Loss of employment against the office holder's will is such a decision.

The Education Act does not explicitly or implicitly excuse the Board from acting fairly when terminating the employment contract of one of its administrative personnel. The Act sets out a procedure available to, amongst others, a director of education who has been dismissed and grants the Education Minister discretion to order that a board of review investigate the termination. The rationale of the first safeguard is to ensure that the Board gave the employee the opportunity to try and change its mind and, of the second, to review the basis of the school board's decision to dismiss an employee. Since the two rights have distinct rationales, the existence of an investigatory process does not preclude a duty to act fairly on the part of the Board.

An explicit or clearly implicit provision was required to overcome the presumption that the parties to the contract intended procedural fairness to apply. The fact the contract does not refer to the necessity of a hearing where no cause is invoked to justify the dismissal does not amount to a clear implicit waiver of the application of the duty to act fairly.

The concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case. It is not, however, purely subjective. The closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of the principles governing the judicial process should be imported into the realm of administrative decision making. The content of the duty of fairness would be minimal where dismissal is at pleasure. It was met here because respondent had been notified of the Board's reasons for dissatisfaction and had been given an opportunity to be heard.

inction à l'égard de l'existence d'une obligation d'agir équitablement, car dans les deux cas il s'agit de l'exercice de pouvoirs conférés par une loi. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de caractériser l'emploi aux fins de le placer dans l'une ou l'autre de ces catégories. La distinction n'est cependant pas périmée à tous égards. En effet, dans le cas d'une charge occupée à titre amovible, une fois que les raisons ont été fournies et l'audition accordée, la simple insatisfaction de l'employeur constitue toujours une justification suffisante pour valablement mettre fin à l'emploi.

Le droit à l'équité procédurale existe seulement si la décision est importante et a de graves répercussions sur l'intéressé. Une décision privant une personne de son emploi contre son gré relève de cette catégorie.

Ni explicitement ni implicitement *The Education Act* ne dispense le Conseil d'agir équitablement quand il met fin au contrat de travail d'un membre de son personnel administratif. La Loi établit une procédure à laquelle peut avoir recours notamment un directeur de l'enseignement qui a été congédié et elle confère au ministre de l'Éducation le pouvoir discrétionnaire d'ordonner qu'une commission de révision enquête sur le congédiement. La raison d'être de la première mesure protectrice est de s'assurer que le Conseil donne à l'employé la possibilité de tenter d'amener le Conseil à changer d'avis; celle de la seconde, d'assurer l'examen des motifs de la décision du conseil scolaire de congédier un employé. Comme les deux droits ont des raisons d'être distinctes, l'existence d'un processus d'enquête n'exclut pas que le Conseil ait une obligation d'agir équitablement.

La présomption que l'intention des parties au contrat était d'appliquer les principes de l'équité procédurale ne peut être renversée que par une disposition contraire explicite ou nettement implicite. Le fait que le contrat ne parle pas de la nécessité d'une audition dans les cas où aucun motif n'est invoqué pour justifier le congédiement n'est pas une dérogation clairement implicite à l'obligation d'agir équitablement.

La notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas. Toutefois elle n'est pas purement subjective. La mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point les principes régissant le processus judiciaire devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives. Le contenu de l'obligation d'agir équitablement serait minimal lorsque le renvoi se fait au gré de l'employeur. Elle a été remplie en l'espèce parce que l'intimé a été informé des raisons de l'insatisfaction du Conseil et a eu la possibilité de se faire entendre.

Every administrative body is the master of its own procedure and need not assume the trappings of a court. Here, the requirements of procedural fairness were satisfied, even absent a structured "hearing". "Everything that had to be said had been said," and accordingly, the requirement of the formal giving of reasons and the holding of a hearing would achieve no more than to impose upon the Board a purely procedural requirement at odds with the principles of flexibility of administrative procedure.

Per Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.: The appellant owed no duty of fairness to the respondent.

For the reasons stated by L'Heureux-Dubé J., the appellant was entitled to dismiss the respondent without cause. Respondent held office at pleasure and this category of employment, as a general rule, does not attract the duty of procedural fairness because the employer can terminate the employment without cause and without giving any reason. An exception may be made in special cases where an employee can identify provisions in the statute, the regulations or the contractual provisions governing the relationship, which expressly or by implication confer a right to be heard or to make representations upon the employee. The statute, regulations and contract must be examined to determine whether the respondent falls within the exception.

The Act does not create specifically or by necessary implication any duty of procedural fairness on the termination of the contract of a director of education. Where the statute intended to create the right to be heard or to make representations, it was careful to say so. The legislature left to agreement of the parties the matter of how the contract was to be terminated.

The contract implemented Regulation 21(4)(c) by providing a procedure for review which specifically entitled the employee to make representations. The employer, following the review, could decide to terminate. No duty, other than the duty to give the notice, could be implied. Reading a duty of procedural fairness into the contract would be to rewrite it for the parties.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, [1988] 3 W.W.R. 500; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners*

Tout organisme administratif est maître de sa propre procédure et n'a pas à se modeler sur les tribunaux judiciaires. En l'espèce, les exigences de l'équité procédurale ont été remplies, même en l'absence d'une «audition» structurée. Les parties «avaient dit tout ce qu'elles avaient à dire»; par conséquent, exiger du Conseil qu'il donne un avis en bonne et due forme de ses motifs et qu'il tienne une audition n'aurait pas d'autre effet que de lui imposer une obligation de pure procédure contrairement aux principes de souplesse dans la procédure administrative.

Les juges Wilson, Sopinka et McLachlin: L'appellant n'avait aucune obligation d'équité envers l'intimé.

Pour les motifs exposés par le juge L'Heureux-Dubé, l'appellant pouvait congédier l'intimé sans motif. L'intimé occupait sa charge à titre amovible et, en règle générale, cette catégorie d'emplois ne donne pas lieu à une obligation d'équité procédurale parce que l'employeur peut mettre fin à l'emploi sans motif et même sans donner aucune raison. Il est possible de faire une exception dans des cas spéciaux où l'employé est en mesure d'identifier dans la loi, le règlement ou le contrat régissant les rapports entre les parties des dispositions qui confèrent expressément ou implicitement à l'employé le droit d'être entendu ou de soumettre des arguments. La loi, le règlement et le contrat doivent être examinés afin de déterminer si l'intimé relève de l'exception.

La Loi n'impose ni expressément ni implicitement une obligation d'équité procédurale à l'occasion de la résiliation du contrat d'un directeur de l'enseignement. Dans chaque cas où le législateur avait l'intention d'accorder le droit d'être entendu ou de présenter des arguments, il a pris soin de le faire. Le législateur a laissé aux parties le soin de prévoir au contrat la façon dont celui-ci serait résilié.

Le contrat rendait applicable l'al. 21(4)(c) du règlement en prévoyant une procédure d'examen qui permet expressément à l'employé de soumettre des arguments. Après cet examen, l'employeur peut décider de résilier le contrat. On ne peut conclure à l'existence d'aucune obligation autre que celle de donner un préavis. Considérer le contrat comme créant une obligation d'équité procédurale reviendrait à le récrire pour les parties.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, [1988] 3 W.W.R. 500; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of*

of Police, [1979] 1 S.C.R. 311; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; referred to: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211; *Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Maxwell v. Department of Trade and Industry*, [1974] Q.B. 523; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12.

By Sopinka J.

Considered: *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, ss. 91(x), 106-116, 206-271.
Education Regulations, Sask. Reg. 1/79, ss. 21(4), 37(1).
Education (Scotland) Act, 1962 (U.K.), 1962, c. 47, s. 85(1)(a).

Authors Cited

de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1989.
 Molot, Henry. "Employment During Good Behaviour or at Pleasure" (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 238.
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1988), 66 Sask. R. 308, allowing an appeal from a judgment of Lawton J. (1986), 53 Sask. R. 278. Appeal allowed.

G. L. Gerrand, Q.C., for the appellant.

Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; arrêts mentionnés: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211; *Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Maxwell v. Department of Trade and Industry*, [1974] Q.B. 523; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 91(x), 106-116, 206-271.
Education Regulations, Sask. Reg. 1/79, art. 21(4), 37(1).
Education (Scotland) Act, 1962 (U.K.), 1962, ch. 47, art. 85(1)(a).

Doctrine citée

de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1989.
 Molot, Henry. «Employment During Good Behaviour or at Pleasure» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 238.
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1988), 66 Sask. R. 308, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Lawton (1986), 53 Sask. R. 278. Pourvoi accueilli.

G. L. Gerrand, c.r., pour l'appellant.

F. L. Dunbar, for the respondent.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The respondent, director of education for the appellant Board, was dismissed by the appellant on three months' notice. He took action against the appellant Board for wrongful and unlawful dismissal, alleging the absence of procedural fairness. This case raises questions about the relationship between the employment contract, *The Education Act* of Saskatchewan (R.S.S. 1978, c. E-0.1) and the existence and scope of the general duty of fairness resting on a public body in the context of an employer-employee relationship.

Facts

In March 1980, pursuant to the provisions of *The Education Act*, the respondent Ronald Gary Knight was hired as the director of education for the appellant, The Board of Education of the Indian Head School Division No. 19 of Saskatchewan. The written contract of employment involved in the present proceedings, dated May 25, 1981, was drafted by the respondent himself at the request of the appellant Board. The relevant provisions of the contract, ss. 2 and 3, read as follow:

2. The Board shall review this Agreement on or before the 31st day of May each year, provided this Agreement has not been otherwise terminated, with a view to the possibility of its revision. The Employee shall be entitled to make representations to the Board in this regard. Following the said review, the Board may elect to terminate this Agreement at the expiration thereof and shall notify the Employee of its decision in writing forthwith. If the Board makes no such election, this Agreement shall automatically be extended for a period of three (3) years from September 1, 1981, and the same procedure shall be followed on or before the 31st day of May of each year thereafter the intent being that unless so terminated, this Agreement shall, as and from September 1st of each year thereafter have three (3) years to run.

F. L. Dunbar, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—L'intimé, directeur de l'enseignement de l'appelant, The Board of Education of the Indian Head School Division No. 19 of Saskatchewan (ci-après le «Conseil»), fut démis de ses fonctions sur préavis de trois mois. Alléguant un manquement à l'équité procédurale, l'intimé a poursuivi le Conseil pour congédiement injustifié et illégal. Ce litige soulève la question de la relation entre le contrat d'emploi, *The Education Act* de la Saskatchewan (R.S.S. 1978, ch. E-0.1) et l'existence et l'étendue du devoir général d'agir équitablement qui incombe à un organisme public dans le contexte de la relation employeur-employé.

Les faits

En mars 1980, en conformité avec les dispositions de *The Education Act*, l'intimé Ronald Gary Knight a été embauché comme directeur de l'enseignement du Conseil. Le contrat d'emploi ici en cause, daté du 25 mai 1981, a été rédigé par l'intimé lui-même à la demande du Conseil. Les articles 2 et 3 du contrat, qui sont les dispositions pertinentes, portent:

g [TRADUCTION]

2. Le Conseil examinera le présent contrat au plus tard le 31 mai de chaque année en vue de sa modification éventuelle, pourvu qu'il n'ait pas été résilié de quelque autre manière. Il est loisible à l'employé de soumettre des arguments au Conseil à ce sujet. À la suite de l'examen susmentionné, le Conseil peut choisir de mettre fin au contrat quand il vient à expiration et doit alors faire tenir à l'employé sans délai un avis de sa décision. Si le Conseil n'exerce pas un tel choix, le présent contrat est automatiquement reconduit pour une période de trois (3) ans à compter du 1^{er} septembre 1981, et, par la suite, la même procédure sera suivie annuellement au plus tard le 31 mai. Les parties conviennent que, sauf résiliation de la manière susmentionnée, le présent contrat restera en vigueur pendant trois (3) ans à compter du 1^{er} septembre de chaque année subséquente.

3. This Agreement, being the Employee's Contract of Employment with the Board, may be terminated by:

- (a) either party serving the other three months notice in writing;
- (b) at any time by mutual consent in writing by the parties;
- (c) the expiration of the Agreement; or
- (d) by resolution of the Board for reasons of just cause provided that the Employee shall be entitled to a fair hearing and investigation pursuant to Section 113 of The Education Act. [Emphasis added.]

In January 1983, a completely new Board—with the exception of two members—was sworn in and replaced the Board that had hired the respondent. Some of the new members of the Board became concerned with the working relationship between the appellant Board and the respondent. They felt that they needed to evaluate that relationship before making a commitment of two further years of employment. In April 1983, one of the members of the Board, who had sat on the Board which had hired the respondent, warned the respondent that his position was in jeopardy, and advised him to start looking for alternate employment.

On May 10, 1983, two of the Board members met with the respondent and informed him how the Board intended to proceed, i.e., that it did not intend to renew the existing contract but was ready to negotiate a new contract on a one year basis. At this meeting, the respondent neither accepted nor rejected the Board's proposal. At the Board's regular meeting on May 30, in keeping with the previous discussions with the respondent, the appellant Board passed the following resolution:

Be it resolved that the Board serves notice to Ronald Gary Knight, Director of Education, in accordance with Section 2 of the Contract of employment, following review of same, elects not to extend the contract beyond the date agreed to as of May 31st, 1982.

Be it resolved that this Board serves notice to Ronald Gary Knight, Director of Education, its intent to renegotiate the same employee's contract with a view to providing a one year agreement.

The respondent was present at the May 30 meeting but did not voice any objection. Rather he

3. Le présent contrat, étant le contrat de travail intervenu entre l'employé et le Conseil, prend fin:

- a) si une partie donne à l'autre un préavis écrit de trois mois;
- b) à n'importe quel moment, si les deux parties y consentent par écrit;
- c) à son expiration; ou
- d) s'il est résilié pour un motif valable par une résolution du Conseil, pourvu que l'employé ait droit à une audition équitable et à la tenue d'une enquête conformément à l'article 113 de The Education Act. [Je souligne.]

En janvier 1983, un conseil entièrement nouveau—à l'exception de deux membres—a été assermenté pour remplacer celui qui avait embauché l'intimé. Certains nouveaux membres du Conseil se sont inquiétés des relations de travail entre le Conseil et l'intimé. Ils ont senti le besoin d'évaluer ces relations avant de renouveler le contrat pour deux autres années. En avril 1983, l'un des membres du Conseil, qui en était membre lors de l'embauche de l'intimé, a prévenu ce dernier que son poste était menacé et lui a conseillé de commencer à se chercher un autre emploi.

Le 10 mai 1983, deux membres du Conseil ont rencontré l'intimé et l'ont informé des intentions du Conseil, c.-à-d. qu'il n'allait pas renouveler le contrat existant, mais qu'il était prêt à négocier un nouveau contrat pour une durée d'un an. Au cours de cette rencontre, l'intimé n'a ni accepté ni rejeté l'offre du Conseil. À sa réunion ordinaire du 30 mai, le Conseil a adopté la résolution suivante conformément aux discussions qui avaient eu lieu avec l'intimé:

[TRADUCTION] Il est résolu que, conformément à l'article 2 du contrat de travail, après avoir examiné ledit contrat, le Conseil avise Ronald Gary Knight, directeur de l'enseignement, de sa décision de ne pas proroger le contrat au-delà de la date convenue le 31 mai 1982.

Il est résolu que le Conseil avise Ronald Gary Knight, directeur de l'enseignement, de son intention de renégocier le contrat de ce dernier en vue d'y fixer une durée d'un an.

L'intimé assistait à la réunion du 30 mai, mais n'a manifesté aucune opposition. Il a plutôt décidé de

consulted and mandated counsel to conduct negotiations with the Board on his behalf. On two occasions, at meetings held on June 30 and July 7, the respondent's counsel met with the Board in attempts to negotiate the terms of a new contract. While flexible on the issues of vacations, overtime, leave of absence and sick leave, the parties were nevertheless unable to reach an agreement as the respondent was insistent that the term of the contract extend for the balance of the three-year period originally provided for, the appellant Board equally insisting on a one-year term. On July 14, a letter from the respondent's solicitor was sent to the appellant Board, confirming the position of his client and outlining the disagreement with regard to the duration of the contract. The last paragraph reads:

As a result, I can confirm what was indicated to you in our meeting of July 7th with regard to duration, namely that Mr. Knight feels strongly that the contract ought to have a two year duration and he will not deviate from that position at this time. I understand that you will consult with your colleagues on the Board at the regular monthly meeting of July 25th. I will be available any time thereafter for a further negotiating session if you feel that such a meeting could be fruitful. If your Board feels inclined to take more precipitous action, I am instructed by my client to receive any and all documents which you would normally serve upon him and in that event, I would ask that you notify me of the solicitors who will be representing the School Division.

On August 9, 1983, the appellant Board passed resolutions to terminate the respondent's employment and to give him three months' notice of the termination.

The respondent brought an action against the appellant, claiming that he had been unlawfully and wrongfully dismissed and asking to be reinstated in his position as director of education along with back pay and benefits owed him by virtue of the employment contract. The Court of Queen's Bench dismissed the action. The Court of Appeal allowed the appeal and made an order for damages equivalent to the respondent's salary from the date of dismissal until the expiration of the contract, on August 31, 1985.

consulter un avocat, qu'il a chargé de négocier avec le Conseil en son nom. À deux reprises, soit les 30 juin et 7 juillet, l'avocat de l'intimé a rencontré le Conseil en vue de tenter de négocier les conditions d'un nouveau contrat. Malgré la souplesse qu'elles ont manifestée sur la question des vacances, des heures supplémentaires, des congés autorisés et des congés de maladie, les parties ont néanmoins été incapables de parvenir à une entente puisque l'intimé tenait à ce que le contrat demeure en vigueur pour le reste de la période de trois ans initialement prévue, tandis que le Conseil tenait tout autant à une durée d'un an. Le 14 juillet, l'avocat de l'intimé a adressé au Conseil une lettre confirmant la position de son client et exposant la mésentente quant à la durée du contrat. Le dernier paragraphe de cette lettre est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Par conséquent, je puis confirmer ce qui vous a été indiqué concernant la durée au cours de notre rencontre du 7 juillet, savoir que M. Knight croit fermement que le contrat devrait avoir une durée de deux ans, et c'est là une position qu'il n'est pas prêt à abandonner en ce moment. Je crois comprendre que vous allez consulter vos collègues du Conseil à la réunion mensuelle ordinaire du 25 juillet. Je serai disponible à n'importe quel moment par la suite pour participer à une nouvelle séance de négociation, si vous estimez qu'une telle rencontre pourrait être utile. Au cas où le Conseil serait enclin à agir plus précipitamment, mon client me charge de recevoir tous les documents que vous lui signifieriez normalement et je vous prie, le cas échéant, de me faire savoir quels avocats représenteront la division scolaire.

Le 9 août 1983, le Conseil a adopté des résolutions pour mettre fin à l'emploi de l'intimé sur préavis de trois mois.

Alléguant qu'il avait été congédié illégalement et injustement, l'intimé a intenté contre l'appelant une action en réintégration dans son poste de directeur de l'enseignement avec paiement rétroactif du salaire et des avantages sociaux dus aux termes de son contrat de travail. Cette action a été rejetée par la Cour du Banc de la Reine. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné le paiement de dommages-intérêts correspondant au salaire de l'intimé à partir de la date de son congédiement jusqu'à l'expiration du contrat, le 31 août 1985.

Judgments

Court of Queen's Bench (1986), 53 Sask. R. 278 (Lawton J.)

The trial judge reviewed the terms of the contract and the relevant sections of *The Education Act*. He was unable to accept the respondent's contention that the three month notice in paragraph 3(a) of the contract was a recognition of the three months between May 31 and August 31 referred to in paragraph 2 of the contract. He found that the respondent's employment had not been terminated for cause and that, accordingly, s. 91(x) of *The Education Act*, relevant in his view only where the employment is terminated for cause, had no application to the case. The trial judge concluded that the respondent's employment "was lawfully and properly terminated by the [appellant] Board" pursuant to the August 9 resolution of the Board.

While Lawton J. agreed with the respondent's argument that he held a public office and that the appellant Board was a statutory authority bound to act in accordance with the principles of procedural fairness, he was of the view that the requirement of procedural fairness was met in that the respondent had been given every opportunity to present his case and renegotiate the agreement.

Court of Appeal (1988), 66 Sask. R. 308 (Bayda C.J.S. and Vancise and Sherstobitoff JJ.A.)

Following *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, [1988] 3 W.W.R. 500 (Sask. C.A.), the Court of Appeal held that whether the dismissal was for cause or not, the respondent was entitled to have his employment terminated in accordance with the principles of procedural fairness as an office holder appointed under *The Education Act*. The court further found that the respondent could only be removed for cause according to the provisions of *The Education Act*.

In the opinion of the court, the principles of procedural fairness required that the respondent be given reasons for his dismissal as well as a

Les jugements

Cour du Banc de la Reine (1986), 53 Sask. R. 278 (le juge Lawton)

^a Le juge de première instance a examiné les conditions du contrat ainsi que les dispositions pertinentes de *The Education Act*. Il lui a paru impossible de retenir l'argument de l'intimé selon lequel le préavis de trois mois mentionné à l'al. 3a) du contrat constituait une reconnaissance de la période de trois mois entre le 31 mai et le 31 août visée à l'art. 2 du contrat. Il a conclu que le congédiement de l'intimé n'était pas un renvoi motivé et que, par conséquent, l'al. 91x) de *The Education Act*, qui à son avis n'est pertinent que dans un cas de renvoi motivé, ne s'appliquait pas en l'espèce. Le juge de première instance a donc décidé que [TRADUCTION] «le Conseil [appelant] a légalement et régulièrement congédié» l'intimé conformément à la résolution du Conseil en date du 9 août.

^e Tout en souscrivant à l'argument de l'intimé qu'il était titulaire d'une charge publique et que le Conseil était un organisme public tenu d'agir conformément aux principes de l'équité procédurale, le juge Lawton a estimé que l'exigence relative à l'équité procédurale avait été remplie puisqu'on avait donné à l'intimé toutes les chances possibles de plaider sa cause et de renégocier le contrat.

Cour d'appel (1988), 66 Sask. R. 308 (le juge en chef Bayda et les juges Vancise et Sherstobitoff)

^g Se basant sur l'arrêt *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, [1988] 3 W.W.R. 500 (C.A. Sask.), la Cour d'appel a statué que, peu importe que son renvoi ait été ou non un renvoi motivé, l'intimé, en sa qualité de titulaire d'une charge à laquelle il avait été nommé en vertu de *The Education Act*, avait droit à ce que son congédiement se fasse en conformité avec les principes relatifs à l'équité procédurale. La cour a en outre décidé que, conformément aux dispositions de *The Education Act*, le renvoi de l'intimé devait être motivé.

^j De l'avis de la cour, les principes relatifs à l'équité procédurale commandaient qu'on informe l'intimé des raisons de son renvoi et qu'on tienne

hearing. The court held that those requirements were not met as the respondent was given neither; the negotiations between the parties did not amount to a hearing, and the threat of dismissal was not sufficient to constitute a notice of intention to terminate the employment. It was necessary accordingly that a full hearing be held following the principles set out in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643. The termination was declared null and void and the appeal was allowed. Damages were assessed as equivalent to the salary the respondent would have earned from the date of termination until August 31, 1985, less any money earned during that period.

Issues

The questions at issue here are as follow:

- (1) Could the respondent be fired only for cause under the terms of *The Education Act* or his employment contract?
- (2) In any event, was the respondent entitled to procedural fairness?
- (3) If so, what is the scope of the duty to act fairly in the context of an employee-employer relationship?
- (4) Given there was a duty to act fairly, was it complied with?

Analysis

The appellant Board admitted that the respondent's employment was not terminated for cause. It contended that the respondent's employment, though governed by the provisions of *The Education Act*, could be terminated on a simple three-month notice according to the terms of the employment contract entered into by the parties.

Since the respondent's first argument rests on the submission that the provisions of *The Education Act* applied and that, under its terms, he could be dismissed only for just cause, a conclusion also reached by the Court of Appeal, this issue will be dealt with at the outset.

une audition. La cour a conclu que ces exigences n'avaient pas été remplies puisque l'intimé n'avait eu ni l'une ni l'autre; en effet, les négociations entre les parties n'équivalaient pas à une audition et la menace de renvoi n'était pas un substitut pour l'avis de l'intention de procéder au congédiement. Il était en conséquence nécessaire de tenir une audition complète en application des principes énoncés dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643. Le congédiement a été déclaré nul et non avvenu et l'appel a été accueilli. Le montant des dommages-intérêts a été fixé à l'équivalent du salaire qu'aurait touché l'intimé entre la date de son renvoi et le 31 août 1985, moins les sommes gagnées au cours de cette période.

Les questions en litige

Les questions qui se posent en l'espèce sont les suivantes:

- 1) Aux termes de *The Education Act* ou du contrat d'emploi, le renvoi de l'intimé devait-il être motivé?
- 2) En tout état de cause, l'intimé avait-il droit à l'équité procédurale?
- 3) Dans l'affirmative, quelle est l'étendue de l'obligation d'agir équitablement dans le contexte d'une relation employé-employeur?
- 4) S'il y avait obligation d'agir équitablement, a-t-elle été remplie?

Analyse

Le Conseil a reconnu que l'intimé n'avait pas fait l'objet d'un renvoi motivé. Il a toutefois fait valoir que, bien que son emploi fût régi par les dispositions de *The Education Act*, l'intimé pouvait être renvoyé sur simple préavis de trois mois conformément aux conditions du contrat d'emploi intervenu entre les parties.

Comme le premier moyen de l'intimé porte que les dispositions de *The Education Act* s'appliquaient en l'espèce et qu'aux termes de celles-ci le renvoi devait être motivé, conclusion à laquelle la Cour d'appel est arrivée également, cette question sera abordée au départ.

As the Court of Appeal also held that whether or not the respondent could be dismissed only for cause, the appellant Board had a duty to act fairly, the issue of dismissal for cause can be dealt with quite quickly.

1. *Dismissal for Cause*

Sherstobitoff J.A., for the Court of Appeal, found that ss. 91(x) and 112 of *The Education Act* necessarily implied that a director of education be dismissed only for cause. Those provisions, as well as s. 206(d) of *The Education Act* which is also relevant here, read:

DUTIES AND POWERS OF BOARDS OF EDUCATION

91. A board of education shall:

(x) enter into written contracts of employment with teachers and other personnel required for the administration of the services of the board and terminate such contracts for cause in accordance with the provisions of this Act;

ADMINISTRATION IN SCHOOL DIVISIONS

112. Unless otherwise provided under the contract of employment between the board of education and the secretary, treasurer, secretary treasurer, superintendent of administration or director, either party to that contract of employment may terminate the contract by giving, to the other party to the contract, not less than thirty days' notice in writing of his intention to terminate the contract.

TERMINATION OF CONTRACTS OF TEACHERS

206. A board of education may:

(d) terminate its contract of employment with a teacher, where the termination is to be effective on a date other than June 30 in any year, by sending the teacher by registered or certified mail, no less than 30 days prior to the day upon which the termination is to take effect, a notice of termination in the prescribed form, and each such notice shall set out the reason or reasons for the termination. [Emphasis added.]

Puisque la Cour d'appel a conclu en outre que, abstraction faite de la question de savoir si le renvoi devait être motivé, le Conseil avait l'obligation d'agir équitablement, la question du renvoi motivé peut être traitée assez rapidement.

1. *Le renvoi motivé*

Le juge Sherstobitoff a conclu, au nom de la Cour d'appel, qu'il découlait nécessairement de l'al. 91(x) et de l'art. 112 de *The Education Act* que le congédiement d'un directeur de l'enseignement devait être motivé. Ces dispositions, ainsi que l'al. 206(d) de *The Education Act*, qui est également pertinent en l'espèce, portent:

[TRADUCTION] OBLIGATIONS ET POUVOIRS DES CONSEILS SCOLAIRES

91. Le conseil scolaire doit:

x) conclure des contrats de travail écrits avec les enseignants et les autres employés requis pour l'administration des services du conseil et résilier ces contrats pour un motif valable conformément aux dispositions de la présente loi;

ADMINISTRATION AU NIVEAU DE LA DIVISION SCOLAIRE

112. Sauf disposition contraire du contrat de travail intervenu entre le conseil scolaire et le secrétaire, le trésorier, le secrétaire-trésorier, le surintendant de l'administration ou le directeur, l'une ou l'autre partie audit contrat peut le résilier en donnant à l'autre partie un préavis écrit d'au moins trente jours de son intention de le résilier.

RÉSILIATION DES CONTRATS D'ENSEIGNANTS

206. Le conseil scolaire peut:

d) lorsque la résiliation prend effet à une date autre que le 30 juin au cours d'une année donnée, résilier son contrat de travail avec un enseignant en faisant tenir à celui-ci par courrier recommandé ou certifié, au moins 30 jours avant le jour où la résiliation doit prendre effet, un avis de résiliation dans la forme prescrite, et cet avis doit exposer la raison ou les raisons de la résiliation. [Je souligne.]

Sherstobitoff J.A. drew a parallel between the status under *The Education Act* of the office of director of education and the position of teacher. As provided by s. 206 of *The Education Act* (and s. 37(1) of *The Education Regulations*, Sask. Reg. 1/79), a teacher cannot be dismissed without being given a formal notice stating the reasons for the dismissal. Holding that the duties of the director of education are as important as those of a teacher, the Court of Appeal drew the conclusion that a director of education could not be dismissed without cause.

With deference, I read the provisions of *The Education Act* differently than the Court of Appeal. The office of director of education and the position of teacher receive clearly different treatment under *The Education Act*, regardless of the comparative importance to be attached to these two positions. First, the employment relationship is of a different nature since the teachers are employed pursuant to the terms of a collective agreement (ss. 230 *et seq.* of *The Education Act*) while the director of education's employment is governed solely by an individual contract with a board of education. Secondly, the statutory framework in *The Education Act* is much more elaborate in relation to the employment of teachers (ss. 196 to 271) than it is for the appointment of a director of education (ss. 106 to 116). Regarding dismissal, *The Education Act* devotes an entire section exclusively to the termination of teachers' employment (ss. 206 to 211), detailing at length the procedure to be followed and providing for grounds for dismissal. There exist no such provisions as regards the termination of employment of administrative personnel such as the respondent. The only provision in *The Education Act* in that respect is s. 112, reproduced above, a provision very general in nature. This difference in statutory treatment between teachers and administrative personnel seems to indicate that the termination of employment of those two categories of employees was to be dealt with differently. Otherwise, why would the provisions relating to the termination of the employment of teachers not also include the administrative personnel? This, of course, is not determinative of the issue of whether or not, under

Le juge Sherstobitoff a établi un parallèle entre la situation du directeur de l'enseignement et celle d'un enseignant sous le régime de *The Education Act*. Aux termes de l'art. 206 de *The Education Act* (et du par. 37(1) de *The Education Regulations*, Sask. Reg. 1/79), on ne peut congédier un enseignant sans lui donner un avis en bonne et due forme exposant les motifs de son renvoi. Estimant que les fonctions du directeur de l'enseignement sont tout aussi importantes que celles d'un enseignant, la Cour d'appel a conclu qu'un directeur de l'enseignement ne pouvait faire l'objet d'un renvoi non motivé.

En toute déférence, mon interprétation des dispositions de *The Education Act* diffère de celle qu'a adoptée la Cour d'appel. De toute évidence, cette loi traite différemment la charge de directeur de l'enseignement et le poste d'enseignant, et ce, indépendamment de l'importance relative qu'il faut attacher à ces deux fonctions. En premier lieu, la situation d'emploi est de nature différente étant donné que les enseignants sont engagés en conformité avec les termes d'une convention collective (art. 230 et suiv. de *The Education Act*), tandis que l'emploi du directeur de l'enseignement est régi uniquement par un contrat individuel conclu avec le Conseil scolaire. En second lieu, le cadre légal établi par *The Education Act* est bien plus complexe en ce qui concerne l'embauche d'enseignants (art. 196 à 271) qu'il ne l'est pour la nomination d'un directeur de l'enseignement (art. 106 à 116). Pour ce qui est du renvoi, *The Education Act* consacre une section entière au congédiement des enseignants (art. 206 à 211) et on y trouve, exposée en détail, la procédure à suivre ainsi qu'une énumération des motifs de renvoi. Il n'existe pas de dispositions analogues traitant du renvoi de membres du personnel administratif comme l'intimé. La seule disposition de *The Education Act* qui porte sur ce sujet est l'art. 112, reproduit antérieurement, qui est de nature très générale. Cette différence quant à la façon dont la Loi traite les enseignants et le personnel administratif semble indiquer qu'on devait procéder différemment à l'égard du congédiement d'employés selon qu'ils relèvent de l'une ou de l'autre de ces deux catégories. Sinon, pourquoi les dispositions relatives au renvoi d'enseignants ne viseraient-elles

The Education Act, the respondent could only be dismissed for cause. It indicates, however, that the provisions relating to the dismissal of teachers do not bear directly on the interpretation of those provisions applying more specifically to the dismissal of administrative personnel.

As its title indicates, s. 91(x), upon which the respondent relies, deals with the duties and powers of the Board to hire and dismiss employees, teachers and administrative personnel alike. The respondent invokes the phrase "shall . . . terminate such contracts for cause in accordance with the provisions of this Act" to buttress his argument that no employee, be they teachers or administrative personnel, can be dismissed by the Board unless there is just cause. If that were so, there would hardly be any point to s. 112 or for that matter ss. 206 *et seq.* Moreover, I doubt that such a restriction would be placed in a section dealing with the Board's powers and duties in respect of hiring and dismissal of employees rather than in a section dealing specifically with the dismissal of a particular category of employee. A better reading of that phrase, one more compatible with both the text of s. 91(x) and the other provisions of *The Education Act*, is that it simply confers a limited power to dismiss for cause on the Board, in that it specifies that the termination of contracts for cause is to be done "in accordance with the provisions of this Act". In the case of administrative personnel, the "provisions of this Act" which must be complied with before the power to dismiss for cause can be validly exercised consist solely of the notice requirement found in s. 112, since that is the only section of *The Education Act* dealing with the Board's power to dismiss such personnel. That section relies first on the terms of the employment contract, and only if such contract does not contain provisions dealing with the dismissal procedure does it provide for a minimum of thirty days' written notice. It is to be noted that, contrary to s. 206, s. 112 does not list any specific grounds for dismissal, nor does it explicitly provide for a notice of such grounds or the procedure to be followed prior to dismissal. It would follow that, save the

pas également le personnel administratif? Cela n'est certes pas déterminant en ce qui concerne la question de savoir si, sous le régime de *The Education Act*, le renvoi de l'intimé devait être motivé. Cela indique cependant que les dispositions concernant le congédiement d'enseignants ne portent pas directement sur l'interprétation de celles qui s'appliquent plus particulièrement au congédiement de membres du personnel administratif.

Comme l'indique sa rubrique, l'al. 91x), sur lequel s'appuie l'intimé, traite des obligations et des pouvoirs du Conseil en matière d'embauche et de congédiement d'employés, que ce soit des enseignants ou des membres du personnel administratif. L'intimé invoque l'expression «résilier ces contrats pour un motif valable conformément aux dispositions de la présente loi» pour étayer son argument selon lequel nul employé, qu'il s'agisse d'un enseignant ou d'un membre du personnel administratif, ne peut être congédié par le Conseil sans motif. S'il en était ainsi, ni l'art. 112, ni même les art. 206 et suiv., n'auraient de raison d'être. Je doute d'ailleurs qu'une telle restriction des pouvoirs du Conseil serait imposée dans un article qui traite de ses pouvoirs et obligations en matière d'embauche et de congédiement d'employés plutôt que dans un article portant expressément sur le renvoi d'employés d'une catégorie particulière. Une meilleure interprétation de cette expression, une interprétation plus compatible avec le texte de l'al. 91x) et avec les autres dispositions de *The Education Act*, est qu'elle investit simplement le Conseil d'un pouvoir limité de congédiement pour un motif valable, en ce qu'elle précise que la résiliation des contrats doit se faire «conformément aux dispositions de la présente loi». Dans le cas du personnel administratif, les «dispositions de la présente loi» auxquelles il faut se conformer pour pouvoir exercer valablement le pouvoir de renvoyer pour un motif valable sont seulement l'exigence de préavis que l'on trouve à l'art. 112, puisque c'est le seul article de *The Education Act* qui traite du pouvoir du Conseil de renvoyer ces membres du personnel. Cet article 112 renvoie d'abord aux conditions du contrat de travail et ce n'est que si le contrat ne contient pas de dispositions relatives à la procédure de renvoi qu'un préavis écrit d'au moins trente jours est prescrit. Il est à noter que, contrairement à l'art.

possible effect of the contract, s. 112 merely requires that a three-month notice be given in the case of dismissal for cause. Furthermore, s. 112 is of general application in that it confers an unqualified power to dismiss, even absent just cause, provided that the three-month notice or its contractual substitute is given to the employee. As far as s. 113 is concerned, it has no relevance here since it deals only with the review of the decision to dismiss.

In my view then, the respondent's argument relying on *The Education Act* cannot be entertained and I adopt in this respect the appellant Board's submissions. Section 112's reliance on the employment contract thus brings us to an examination of the terms of that contract.

The relevant portion of the respondent's employment contract is s. 3, which I reproduce again for ease of reference:

3. This Agreement, being the Employees's Contract of Employment with the Board, may be terminated by:
- (a) either party serving the other three months notice in writing;
 - (b) at any time by mutual consent in writing by the parties;
 - (c) the expiration of the Agreement; or
 - (d) by resolution of the Board for reasons of just cause provided that the Employee shall be entitled to a fair hearing and investigation pursuant to Section 113 of The Education Act. [Emphasis added.]

Given its interpretation of *The Education Act*, the Saskatchewan Court of Appeal did not specifically deal with the terms of the contract.

I share Lawton J.'s view that the language of this section is "simple and direct". Under paragraph (a), either party to the agreement can terminate the contract without any requirement that just cause exists. I find it clear that paragraphs (a) and (d) envisage two distinct ways of terminating

206, l'art. 112 n'énumère pas de motifs précis de renvoi, pas plus qu'il ne contient de dispositions expresses qui exigent de donner avis de ces motifs ou la procédure qui doit être suivie antérieurement au renvoi. Il s'ensuivrait qu'à l'exception de l'effet possible du contrat, l'art. 112 exige simplement qu'un préavis de trois mois soit donné dans le cas d'un renvoi motivé. De plus, l'art. 112 est d'application générale en ce qu'il confère un pouvoir illimité de congédier, même en l'absence de motif valable. pourvu que l'employé ait reçu le préavis de trois mois ou qu'on ait observé toute autre condition de rechange prévue au contrat. En ce qui concerne l'art. 113, il n'est pas pertinent en l'espèce étant donné qu'il traite uniquement de la révision de la décision de congédiement.

J'estime donc que l'argument de l'intimé fondé sur *The Education Act* ne saurait être retenu et j'adopte sur ce point les arguments du Conseil. Comme l'art. 112 renvoie au contrat d'emploi, il y a lieu maintenant d'examiner les conditions de ce contrat.

La partie pertinente du contrat d'emploi de l'intimé est l'art. 3 que, par souci de commodité, je reproduis de nouveau:

[TRADUCTION]

3. Le présent contrat, étant le contrat de travail intervenu entre l'employé et le Conseil, prend fin:
- a) si une partie donne à l'autre un préavis écrit de trois mois;
 - b) à n'importe quel moment, si les deux parties y consentent par écrit;
 - c) à son expiration; ou
 - d) s'il est résilié pour un motif valable par une résolution du Conseil, pourvu que l'employé ait droit à une audition équitable et à la tenue d'une enquête conformément à l'article 113 de The Education Act. [Je souligne.]

Vu l'interprétation qu'elle a donnée à *The Education Act*, la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas traité explicitement des conditions du contrat.

Je partage l'avis du juge Lawton que les termes de cet article sont [TRADUCTION] «simples et directs». L'alinéa a) permet à l'une ou à l'autre partie au contrat de le résilier sans nécessité de démontrer l'existence d'un motif. Je suis d'avis qu'il se dégage nettement des al. a) et d) qu'ils

the employment relationship between the respondent and the appellant Board, i.e., termination for cause (under paragraph (d)) or otherwise simply upon a three months written notice (under paragraph(a)). To interpret this provision in the manner suggested by the respondent, i.e., that termination after three months' notice under paragraph (a) could only apply if there exists just cause, would run contrary to the plain meaning of that section and in particular would strip of any meaning the conjunction "or" between paragraphs (c) and (d). Furthermore, such an interpretation would oblige the Board to give the respondent three months' notice even in the case of a dismissal for negligent or fraudulent conduct, a conclusion so extreme that it could not reasonably be supported by the terms of the provision.

I can only conclude that the respondent's employment could be terminated even without just cause upon three months' notice pursuant to paragraph 3(a) of the employment contract. This, however, is not the end of the matter.

2. *Procedural Fairness*

The conclusion that the respondent's employment could be legally terminated without a showing of just cause does not necessarily entail that the procedure involved can be arbitrary. There may be a general right to procedural fairness, autonomous of the operation of any statute, depending on consideration of three factors which have been held by this Court to be determinative of the existence of such a right (*Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*). If consideration of these factors in the context of the present appeal leads to the conclusion that the respondent was entitled to procedural fairness, *The Education Act* and, in this case, the terms of the contract of employment, must then be considered to determine whether this entitlement is either limited or excluded entirely. It should be noted at this point that the duty to act fairly does not depend on doctrines of employment law, but stems from the fact that the employer is a public body whose powers are derived from statute, powers that must be exercised according to the rules of administrative law. It is in that context that the employee-employer relationship between the respondent and

envisagent deux façons distinctes de mettre fin à la relation employeur-employé qui existe entre l'intimé et le Conseil, savoir la résiliation motivée (en vertu de l'al. d)), soit sur préavis écrit de trois mois (en vertu de l'al. a)). Interpréter cette clause comme le propose l'intimé, c.-à-d. qu'il ne peut y avoir de résiliation sur préavis de trois mois en vertu de l'al. a) que s'il existe un motif valable, irait à l'encontre du sens manifeste de cet alinéa et, en particulier, dépouillerait de toute signification la conjonction «ou» entre les al. c) et d). De plus, pareille interprétation obligerait le Conseil à donner à l'intimé un préavis de trois mois même dans le cas d'un renvoi pour négligence ou dol, conclusion à ce point extrême qu'elle ne peut pas raisonnablement se fonder sur les termes de cette clause.

Force m'est donc de conclure que l'intimé pouvait être congédié, même sans motif, sur préavis de trois mois en conformité avec l'al. 3a) du contrat d'emploi. Toutefois, cela ne met pas fin au débat.

e 2. *L'équité procédurale*

En effet, il ne découle pas nécessairement de la conclusion qu'on pouvait légalement congédier l'intimé sans avoir à établir un motif valable qu'il est permis d'agir arbitrairement à cet égard car il existe un droit général à l'équité procédurale indépendamment de l'application de la loi. Ce droit, s'il existe, ne peut résulter que de l'un des trois facteurs qui ont été tenus par notre Cour comme déterminants quant à l'existence de ce droit (*Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent, précité*). Si une considération de ces facteurs dans le contexte du présent appel comporte la conclusion que l'intimé était en droit d'être traité en toute équité procédurale, *The Education Act* et, en l'espèce, les termes du contrat d'emploi doivent alors être examinés pour déterminer si ce droit est ou limité ou entièrement exclu. On doit noter à ce stade que le devoir d'agir équitablement ne fait pas partie du droit commun du travail en tant que tel. Il procède plutôt du fait que l'employeur est un organisme public dont les pouvoirs dérivent d'une loi et doivent s'exercer en conformité avec les règles du droit administratif. C'est dans ce contexte que doit être examinée la relation employé-

the appellant Board must be examined, with the result that the analysis must go beyond the contract of employment to encompass arguments of public policy.

Obviously, if either the statute or the contract confers upon the employee a right to procedural fairness, there is no need to consider the factors I have alluded to above in order to determine the existence of a similar general right, such a right becoming redundant. Since, however, I believe that in the case at bar neither the statute nor the contract do accord such a right, I will begin with an analysis of those factors.

A. General Duty of Fairness

The existence of a general duty to act fairly will depend on the consideration of three factors: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights. This Court has stated in *Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*, that whenever those three elements are to be found, there is a general duty to act fairly on a public decision-making body (Le Dain J. for the Court at p. 653).

(i) *The Nature of the Decision*

There is no longer a need, except perhaps where the statute mandates it, to distinguish between judicial, quasi-judicial and administrative decisions. Such a distinction may have been necessary before the decision of this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Prior to this case, the "duty to act judicially" was thought to apply only to tribunals rendering decisions of a judicial or quasi-judicial nature, to the exclusion of those of an administrative nature. Following *Nicholson*, that distinction became less important and was found to be of little utility since both the duty to act fairly and the duty to act judicially have their roots in the same general principles of natural justice (see *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2

employeur qui existe entre l'intimé et le Conseil, examen qui ne se borne donc pas au contrat d'emploi, mais qui tient compte d'arguments de principe.

^a Évidemment, si l'un ou l'autre de la Loi ou du contrat confère à l'employé un droit à l'équité procédurale, il n'est pas nécessaire d'examiner les facteurs auxquels je viens de faire allusion pour ^b déterminer l'existence d'un droit similaire de nature générale, car ce droit serait redondant. Mais comme j'estime qu'en l'espèce ni la Loi ni le contrat n'accordent un tel droit, je vais débiter par l'analyse de ces facteurs.

^c A. Le devoir d'agir équitablement

L'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépendra de l'examen de trois facteurs: (i) la nature de la décision qui doit être ^d rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Notre Cour a affirmé dans ^e l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, que dans les cas où ces trois éléments se retrouvent, une obligation générale d'agir équitablement incombe à un organisme décisionnel public (le juge Le Dain au nom de la Cour, à la ^f p. 653).

(i) *La nature de la décision*

Il n'est plus nécessaire, sauf peut-être lorsque la loi l'exige, de faire la distinction entre les décisions judiciaires, quasi judiciaires et administratives. Une telle distinction a pu être nécessaire avant l'arrêt de notre Cour *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. En effet, antérieurement à cet arrêt, «l'obligation d'agir de manière judiciaire» était considérée comme incombant uniquement aux tribunaux qui rendaient des décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire, et non à ceux qui rendaient des décisions de nature administrative. À la suite de l'arrêt *Nicholson*, cette distinction est devenue moins importante et a été jugée peu utile étant donné que l'obligation d'agir équitablement et celle d'agir de manière judiciaire tirent toutes les deux leur origine des mêmes principes généraux de justice naturelle (voir *Syndicat*

S.C.R. 879, at pp. 895-96, *per* Sopinka J. for the majority).

On the other hand, not all administrative bodies are under a duty to act fairly. Over the years, legislatures have transferred to administrative bodies some of the duties they have traditionally performed. Decisions of a legislative and general nature can be distinguished in this respect from acts of a more administrative and specific nature, which do not entail such a duty (see Dussault and Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2nd ed., at p. 370; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 758, *per* Estey J. for the Court). The finality of the decision will also be a factor to consider. A decision of a preliminary nature will not in general trigger the duty to act fairly, whereas a decision of a more final nature may have such an effect (Dussault and Borgeat, *op. cit.*, at p. 372).

In the case at bar, the decision made by the appellant Board was of a final and specific nature, directed as it was at terminating the employment of the respondent. As such, the decision to dismiss could possibly entail the existence of a duty to act fairly on the part of the appellant Board.

(ii) *The Relationship Between the Employer and the Employee*

The second element to be considered is the nature of the relationship between the Board and the respondent. In an oft-cited decision of the House of Lords, *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, Lord Reid classified the possible employment relationship between an employer and an employee into three categories (at pp. 71-72): (i) the master and servant relationship, where there is no duty to act fairly when deciding to terminate the employment; (ii) the office held at pleasure, where no duty to act fairly exists, since the employer can decide to terminate the employment for no other reason than his displeasure; and (iii)

des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896, le juge Sopinka s'exprimant au nom de la majorité).

Par contre, ce ne sont pas tous les organismes administratifs qui sont tenus d'agir équitablement. Au fil des ans, les législateurs ont délégué à des organismes administratifs certaines de leurs fonctions traditionnelles. Les décisions d'une nature législative et générale peuvent à cet égard être distinguées des actes de nature plus administrative et particulière, qui ne comportent pas une telle obligation (voir Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd., à la p. 370; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 758, le juge Estey s'exprimant au nom de la Cour). L'irrévocabilité de la décision est également un facteur qui doit être pris en considération. Une décision de nature préliminaire ne fait naître en général aucune obligation d'agir équitablement, alors qu'une décision d'une nature plus définitive peut avoir un tel effet (Dussault et Borgeat, *op. cit.*, à la p. 372).

En l'espèce, le Conseil a pris une décision de nature définitive et particulière puisqu'elle mettait fin à l'emploi de l'intimé. À ce titre, la décision de congédier pouvait comporter une obligation de la part du Conseil d'agir équitablement.

(ii) *La relation employeur-employé*

Le deuxième élément à considérer est la nature de la relation existant entre le Conseil et l'intimé. Dans l'arrêt souvent cité de la Chambre des lords, *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, lord Reid classe toute la gamme des relations entre employeur et employé en trois catégories (aux pp. 71 et 72): (i) les relations de maître à serviteur, où la décision de congédiement n'est soumise à aucune obligation d'agir équitablement; (ii) l'occupation d'une fonction selon bon plaisir, où il n'existe aucune obligation d'agir équitablement puisque l'employeur peut décider de congédier un employé sans autre motif que son insatisfaction, et (iii)

the office from which one cannot be removed except for cause, where there exists a duty to act fairly on the part of the employer. These categories are creations of the common law. They can of course be altered by the terms of an employment contract or the governing legislation, with the result that the employment relationship may fall within more than one category (see *Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211, at p. 222, *per* Laskin C.J. for the majority). Lord Reid did not examine the possible implications of the non-renewal of a fixed-term employment contract, but since it was not alleged in the present appeal that the employment was terminated by non-renewal of the employee's contract, I will not address this question.

In the case at bar, the office held by the respondent was not of a "pure" master and servant type since it encompassed some elements of a public nature. The office of director of education is established by s. 106 of *The Education Act*, which requires the Board to appoint a director. His duties are at least partly set out in ss. 107 and 108 of *The Education Act*. These sections provide that:

106(1) Subject to subsections (2) and (3), a board of education shall appoint a director of education and shall appoint a secretary and a treasurer, or a secretary treasurer, who meet the qualifications prescribed by the regulations, and, in addition, may appoint such other officials, assistants and support personnel as the board may consider necessary for the proper and efficient administration of the business of the division.

107 The director shall be designated as the chief executive officer of the board of education.

108 The board of education shall prescribe the powers and duties of the director and, in addition, the director shall:

- (a) prepare and transmit to the department such reports and returns as may from time to time be required by the minister;
- (b) insure that the schools are conducted in accordance with this Act, the regulations and the policies of the board in all matters within its jurisdiction;

l'occupation d'une fonction dont on ne peut être écarté que pour un motif valable, où il incombe à l'employeur d'agir équitablement. Ces catégories sont des créations de la common law. Elles peuvent, bien entendu, être modifiées par les conditions d'un contrat de travail ou par la loi applicable, ce qui fait que la relation employeur-employé peut relever de plus d'une catégorie (voir l'arrêt *Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211, à la p. 222, le juge en chef Laskin au nom de la majorité). Lord Reid n'a pas examiné les conséquences éventuelles du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée, mais puisqu'on ne prétend pas ici que la cessation de l'emploi a résulté du non-renouvellement du contrat de l'employé, je n'aborderai pas cette question.

Dans la présente instance, la charge de l'intimé ne constituait pas «purement» une relation de maître à serviteur puisqu'elle comportait certains aspects de nature publique. La charge de directeur de l'enseignement est créée par l'art. 106 de *The Education Act*, qui exige que le Conseil nomme un directeur dont les tâches sont décrites, du moins en partie, aux art. 107 et 108 de *The Education Act*. Ces articles sont ainsi conçus:

[TRADUCTION] **106(1)** Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le conseil scolaire nomme un directeur de l'enseignement et nomme en outre un secrétaire et un trésorier, ou un secrétaire-trésorier, qui répondent aux exigences prescrites par voie de règlement; le conseil peut en outre nommer les autres fonctionnaires, adjoints et membres du personnel de soutien qu'il juge nécessaires pour l'administration saine et efficace des affaires de la division.

107 Le directeur est l'administrateur principal du conseil scolaire.

108 Le conseil scolaire prescrit les pouvoirs et les fonctions du directeur; en outre, le directeur:

- a) établit et transmet au ministère tous les rapports pouvant être requis par le ministre;
- b) s'assure que les écoles sont dirigées en conformité avec la présente loi, avec son règlement d'application et avec les politiques du conseil touchant tout ce qui relève de sa compétence;

(c) exercise general supervision of the schools and the work of principals, teachers and other personnel employed by the board;

(d) provide educational leadership and liaison involving the board, the professional staff and the public pertaining to the efficiency and advancement of education in the division.

In a recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal, *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, *supra*, at p. 520 (*per* Sherstobitoff J.A. for the majority), that court found that the office of secretary treasurer under the same *Education Act* was of a statutory nature and not that of master and servant, eliminating the first of Lord Reid's category. There may be a clear contractual element to the respondent's employment, which may give the impression that his function is not "purely" statutory; I find, however, that this is not a case of a "pure master and servant" relationship but that it has on the contrary a strong "statutory flavour", so as to be categorized as an office (Wade, *Administrative Law* (5th ed. 1982), at pp. 498-99; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294, *per* Lord Wilberforce).

Being an office, the respondent's situation would fall into one of the last two of Lord Reid's categories. As I have already analyzed the employment contract and *The Education Act* with regard to the question of whether the respondent could be dismissed only for cause, and concluded in the negative, the employment relation existing between the respondent and the appellant Board would fall into the second of Lord Reid's categories, i.e., an office held at pleasure. I find, however, that this conclusion does not ineluctably lead to the conclusion that the appellant Board was not under a duty to act fairly, as may seem to flow from the judgment of the House of Lord in *Ridge v. Baldwin*, *supra*. Administrative law has evolved in recent years, particularly in the Canadian context, so as to make procedural fairness an essential requirement of an administrative decision to terminate either of the last two classes of employment described by Lord Reid. In *Nicholson*, *supra*, although the employee was found to be dismissable for cause, Laskin C.J.,

c) exerce une surveillance générale sur les écoles et sur le travail des directeurs d'écoles, des enseignants et des autres employés du conseil;

d) prend des initiatives pour assurer l'efficacité et l'avancement de l'enseignement dans la division et, à cette fin, favorise les communications entre le conseil, le personnel enseignant et le public.

Dans l'arrêt récent *Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.*, précité, à la p. 520 (le juge Sherstobitoff au nom de la majorité), la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que le poste de secrétaire-trésorier, visé également par *The Education Act*, revêtait un caractère public et qu'il ne s'agissait pas d'une relation de maître à serviteur, ce qui l'excluait de la première catégorie établie par lord Reid. Dans le cas de l'appelant, son emploi comporte peut-être un élément manifestement contractuel qui peut donner l'impression que son poste n'est pas «purement» issu de la loi. Je conclus toutefois que nous ne sommes pas ici en présence d'une «pure» relation de maître à serviteur, mais plutôt que le poste en question a un caractère nettement légal de manière à être classifié comme une charge publique (Wade, *Administrative Law* (5^e éd. 1982), aux pp. 498 et 499; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), à la p. 1294, lord Wilberforce).

S'agissant d'une charge publique, le poste de l'intimé relèverait de l'une des deux dernières catégories de lord Reid. Comme j'ai déjà analysé le contrat d'emploi et *The Education Act* pour déterminer si l'intimé pouvait être congédié uniquement pour cause et que j'ai conclu que tel n'était pas le cas, la relation d'emploi entre l'intimé et le Conseil tomberait dans la seconde catégorie de lord Reid, c.-à-d. une charge occupée selon bon plaisir. J'estime cependant que cela ne mène pas inéluctablement à la conclusion que le Conseil n'avait pas d'obligation d'agir équitablement, comme cela semblerait découler de l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, précité, de la Chambre des lords. Au cours des dernières années, particulièrement dans le contexte canadien, le droit administratif a évolué de manière à faire de l'équité procédurale un élément essentiel d'une décision administrative de congédier des employés relevant de l'une ou de l'autre des deux dernières catégories d'emplois décrites par lord Reid. Dans l'arrêt *Nicholson*, précité, bien

after referring to the three-class system developed by Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, *supra*, expressed some doubts about limiting the duty to act fairly to cases of dismissal for cause, to the exclusion of cases where offices are held at pleasure. He writes for the majority at pp. 322-23:

I would observe here that the old common law rule, deriving much of its force from Crown law, that a person engaged as an office holder at pleasure may be put out without reason or prior notice ought itself to be re-examined. It has an anachronistic flavour in the light of collective agreements, which are pervasive in both public and private employment, and which offer broad protection against arbitrary dismissal in the case of employees who cannot claim the status of office holders. As de Smith has pointed out in his book *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed. 1973), at p. 200, "public policy does not dictate that tenure of an office held at pleasure should be terminable without allowing its occupant any right to make prior representations on his own behalf; indeed, the unreviewability of the substantive grounds for removal indicates that procedural protection may be all the more necessary". [Emphasis added.]

The Chief Justice goes on to quote from a decision of the House of Lords, *Malloch v. Aberdeen Corp.*, *supra*, in which the absence of a right to procedural fairness for those holding office at pleasure was somewhat mitigated, the court concluding that in certain circumstances procedural fairness may be necessarily implied. In that case, teachers were dismissed for refusing to register as required under a new regulation, whose validity they disputed, without being afforded either a hearing or reasons; Lord Wilberforce wrote at p. 1294:

One may accept that if there are relationships in which all requirements of the observance of rules of natural justice are excluded (and I do not wish to assume that this is inevitably so), these must be confined to what have been called 'pure master and servant cases', which I take to mean cases in which there is no element of public employment or service, no support by statute, nothing in the nature of an office or a status which is capable of protection. If any of these elements exist,

qu'on ait jugé que l'employé en question pouvait être congédié pour un motif valable, le juge en chef Laskin, ayant fait mention des trois catégories établies par lord Reid dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, précité, a exprimé des doutes sur la nécessité de limiter l'obligation d'agir équitablement aux cas de renvois motivés, à l'exclusion de ceux où il s'agit de charges selon bon plaisir. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité, aux pp. 322 et 323:

Je ferais remarquer ici qu'il convient de réexaminer l'ancienne règle de *common law*, qui dérive essentiellement du droit de la Couronne et qui porte que le titulaire d'une charge à titre amovible peut être destitué sans motif et sans préavis. C'est un anachronisme à l'époque des conventions collectives qui se sont répandues dans les emplois des secteurs public et privé et protègent largement de la destitution arbitraire les employés qui ne peuvent invoquer le statut de titulaires de charge. Comme de Smith l'a signalé dans son ouvrage *Judicial Review of Administrative Action* (3^e éd. 1973), à la p. 200, [TRADUCTION] «l'ordre public n'exige pas que le titulaire d'une charge à titre amovible puisse être destitué sans avoir le droit de se faire entendre; en fait, puisque les motifs de fond qui dictent le renvoi ne sont pas sujets à examen, il est d'autant plus nécessaire d'assurer une protection au moyen de la procédure». [Je souligne.]

Le Juge en chef poursuit en citant l'arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précité, dans lequel la Chambre des lords a atténué quelque peu le principe que les titulaires d'une charge selon bon plaisir n'ont pas droit à l'équité procédurale, en statuant que l'équité procédurale pouvait être nécessairement implicite dans certaines circonstances. Dans cette affaire, des enseignants avaient été congédiés, sans audition et sans qu'on ne leur donne de raisons, pour avoir refusé de s'inscrire conformément à un nouveau règlement dont ils contestaient la validité. Lord Wilberforce écrit, à la p. 1294:

[TRADUCTION] On peut admettre que, s'il est des relations qui échappent complètement à l'application des règles de justice naturelle (et je me défends de supposer qu'il y en a inévitablement), ces relations doivent se limiter aux cas où il s'agit de ce qu'on a appelé de «pures relations de maître et serviteur», ce qui veut dire, selon moi, des situations dans lesquelles il n'y a aucun élément de fonction ou service publics, aucun fondement légal et rien de la nature d'une charge ou d'un statut susceptible

then, in my opinion, whatever the terminology used, and even though in some inter partes aspects the relationship may be called that of master and servant, there may be essential procedural requirements to be observed, and failure to observe them may result in a dismissal being declared to be void. [Emphasis added.]

There is thus in England no longer an automatic exclusion of the rule of procedural fairness for employment falling into Lord Reid's second class.

The justification for granting to the holder of an office at pleasure the right to procedural fairness is that, whether or not just cause is necessary to terminate the employment, fairness dictates that the administrative body making the decision be cognizant of all relevant circumstances surrounding the employment and its termination (*Nicholson, supra*, at p. 328, *per* Laskin C.J.) One person capable of providing the administrative body with important insights into the situation is the office holder himself. As pointed out by Lord Reid in *Malloch v. Aberdeen Corp., supra*, at p. 1282: "The right of a man to be heard in his own defense is the most elementary protection of all . . ." To grant such a right to the holder of an office at pleasure would not import into the termination decision the necessity to show just cause, but would only require the administrative body to give the office holder reasons for the dismissal and an opportunity to be heard. I would adopt Wade's reasoning when he writes about offices held at pleasure (*Administrative Law* (5th ed. 1982), at pp. 500-501):

If the officer is subject to some accusation, justice requires that he should be allowed a fair opportunity to defend himself, whatever the terms of his tenure. To deny it to him is to confuse the substance of the decision, which may be based on any reason at all, with the procedure which ought first to be followed for purposes of fairness. It is then an example of the fallacy, already mentioned, that the argument for natural justice is weaker where the discretionary power is wide.

de protection. Si un seul de ces éléments existe, alors, à mon avis, quels que soient les termes employés, et bien que la relation entre les parties puisse sous certains aspects être qualifiée de relation employeur-employé, il peut y avoir des exigences essentielles à remplir en matière de procédure; et l'omission de les remplir pourra entraîner la nullité du renvoi. [Je souligne.]

Donc, en Angleterre, la règle de l'équité procédurale n'est plus automatiquement exclue dans le cas d'emplois relevant de la deuxième catégorie établie par lord Reid.

Si le droit à l'équité procédurale est accordé au titulaire d'une charge selon bon plaisir, cela se justifie par le fait que, peu importe qu'un motif valable de congédiement soit nécessaire ou non, l'équité exige que l'organisme administratif qui prend la décision soit au courant de toutes les circonstances pertinentes de l'emploi et de sa cessation (*Nicholson*, précité, à la p. 328, le juge en chef Laskin). La personne qui est en mesure de fournir à l'organisme administratif d'importants éclaircissements sur la situation est le titulaire de la charge lui-même. Ainsi que le fait observer lord Reid dans l'arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précité, à la p. 1282: [TRADUCTION] «Le droit d'un homme de pouvoir se défendre est la protection la plus élémentaire qui soit . . .» Accorder ce droit au titulaire d'une charge selon bon plaisir ne reviendrait pas à assujettir la décision de le congédier à l'obligation d'établir un motif valable; ce serait simplement exiger que l'organisme administratif donne au titulaire de la charge les raisons de son renvoi et lui permette de se faire entendre. Je fais mien le raisonnement de Wade, qui écrit au sujet des charges selon bon plaisir (*Administrative Law* (5^e éd. 1982), aux pp. 500 et 501):

[TRADUCTION] Si une accusation quelconque a été portée contre le fonctionnaire, la justice exige qu'on lui accorde une possibilité raisonnable de se défendre, quelles que soient les conditions de son emploi. La lui refuser c'est confondre le fond de la décision, laquelle peut reposer sur n'importe quelle raison, et la procédure à suivre d'abord, dans l'intérêt de l'équité. Il s'agit donc d'un exemple de la notion erronée, déjà évoquée, que l'argument en faveur de la justice naturelle est plus faible lorsque le pouvoir discrétionnaire est large.

... it would seem right therefore to protect the officer or member against wrongful deprivation of every kind and to accord him the procedural rights without which deprivation is not fair and lawful. Whether he is removable for cause or at pleasure should in principle make no difference. [Emphasis added.]

(See also Molot, "Employment During Good Behaviour or at Pleasure" (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 238, at p. 250). The argument to the effect that, since the employer can dismiss his employee for unreasonable or capricious reasons, the giving of an opportunity to participate in the decision-making would be meaningless, is unconvincing. In both the situation of an office held at pleasure and an office from which one can be dismissed only for cause, one of the purposes of the imposition on the administrative body of a duty to act fairly is the same, i.e., enabling the employee to try to change the employer's mind about the dismissal. The value of such an opportunity should not be dependant on the grounds triggering the dismissal.

There is also a wider public policy argument militating in favour of the imposition of a duty to act fairly on administrative bodies making decisions similar to the one impugned in the case at bar. The powers exercised by the appellant Board are delegated statutory powers which, as much as the statutory powers exercised directly by the government, should be put only to legitimate use. As opposed to the employment cases dealing with "pure master and servant" relationships, where no delegated statutory powers are involved, the public has an interest in the proper use of delegated power by administrative bodies. In the House of Lords decision of *Malloch v. Aberdeen Corp.*, *supra*, Lord Wilberforce noted this additional rationale underlying the imposition of procedural fairness (at p. 1293):

The respondents are a public authority, the appellant holds a public position fortified by statute. The considerations which determine whether he has been validly removed from that position go beyond the mere contract of employment, though no doubt including it. They are, in my opinion, to be tested broadly on arguments of public policy and not to be resolved on narrow verbal distinctions.

... il semble juste en conséquence de protéger le fonctionnaire ou le membre contre toute destitution abusive et de lui accorder les droits procéduraux sans lesquels la destitution n'est ni juste ni légale. Qu'il puisse être renvoyé pour un motif valable ou au gré de l'employeur, ne devrait en principe rien y changer. [Je souligne.]

(Voir aussi Molot, «Employment During Good Behaviour or at Pleasure» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 238, à la p. 250). L'argument que, puisque l'employeur peut congédier son employé pour des motifs déraisonnables ou arbitraires, il ne sert à rien de lui donner la possibilité de participer à la prise de la décision, n'est guère convaincant. Dans le cas d'une charge occupée selon bon plaisir comme dans celui d'une charge dont on ne peut être renvoyé que pour un motif valable, l'un des buts de l'obligation d'agir équitablement imposée à l'organisme administratif est le même, savoir de permettre à l'employé de tenter d'amener l'employeur à changer d'avis au sujet du congédiement. La valeur d'une telle possibilité ne devrait pas dépendre des raisons du renvoi.

De plus, un argument de portée plus large, fondé sur des raisons de principe, milite en faveur de l'assujettissement d'organismes administratifs qui prennent des décisions semblables à celle attaquée en l'espèce à l'obligation d'agir équitablement. Les pouvoirs exercés par le Conseil sont des pouvoirs légaux délégués qui, tout comme les pouvoirs légaux exercés directement par le gouvernement, ne devraient servir qu'à des fins légitimes. À la différence des cas de «pures» relations de maître à serviteur ne comportant pas de pouvoirs légaux délégués, le public a intérêt à ce que les organismes administratifs exercent d'une manière appropriée leurs pouvoirs délégués. Dans l'arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précité, de la Chambre des lords, lord Wilberforce souligne cette autre raison d'être de l'exigence d'équité procédurale (à la p. 1293):

[TRADUCTION] L'intimée est un organisme public et l'appelant est titulaire d'une charge publique prévue dans une loi. Les considérations déterminantes quant à la légitimité de sa destitution de ce poste ne se limitent pas simplement au contrat d'emploi, quoique celui-ci en soit certainement une. À mon avis, ces considérations doivent être vues dans une perspective large en fonction d'arguments fondés sur des raisons de principe et ne doivent pas tenir à d'étroites distinctions de vocabulaire.

From this perspective, the fact that an office holder could be dismissed for cause or at pleasure would not warrant a distinction with regard to the existence of a duty to act fairly, since in both cases statutory powers are exercised. As pointed out by Wade in the above-quoted passage (at p. 500), dismissal for displeasure should be all the more the object of scrutiny as it is a power of a wider discretionary nature.

In reaching the conclusion that both of Lord Reid's last two classes require an administrative body to act fairly, the necessity of characterizing the employment so that it fits into one or the other of those classes is rendered unnecessary. Not only does this eliminate an "anachronistic" distinction—to use the words of Laskin C.J. in *Nicholson, supra*—between offices held at pleasure and offices from which one can only be dismissed with cause, but it also does away with what is in many cases a troublesome task since employment relationships are rarely easily categorized into one or the other class, being usually—as in the case at bar—of a mixed nature brought about by the terms of the employment contract or the governing legislation. In my opinion, such a simplification of these principles of administrative law is not only desirable but necessary. Of course, this does not mean that the distinction between offices from which one can be dismissed at pleasure and those from which one must be dismissed for cause becomes obsolete in all respects. In the case of an office held at pleasure, even after the giving of reasons and the granting of a hearing, the employer's mere displeasure is still justification enough to validly terminate the employment.

I conclude accordingly that the characterization of the respondent's employment as an office held at pleasure is not incompatible with the imposition of a duty to act fairly on the part of the appellants Board.

Dans cette optique, le fait que le titulaire d'une charge publique puisse être renvoyé pour un motif valable ou au gré de l'employeur ne justifierait pas de faire une distinction à l'égard de l'existence d'une obligation d'agir équitablement, car dans les deux cas il s'agit de l'exercice de pouvoirs conférés par une loi. Comme le souligne Wade dans le passage précité (à la p. 500), le congédiement d'une charge détenue à titre amovible devrait d'autant plus être soumis à cette exigence qu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire plus large.

La conclusion que les deux dernières catégories établies par lord Reid imposent aux organismes administratifs l'obligation d'agir équitablement rend inutile la caractérisation de l'emploi aux fins de le placer dans l'une ou l'autre de ces catégories. Cela permet non seulement d'éliminer une distinction «anachronique», pour reprendre le terme employé par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nicholson*, précité, entre les charges détenues à titre amovible et celles dont le titulaire ne peut être congédié que pour un motif valable, mais aussi de faire l'économie d'une tâche souvent ingrate, car il est rarement facile de ranger les relations employeur-employé dans l'une ou l'autre catégorie, puisque ces relations revêtent normalement, comme en l'espèce d'ailleurs, un caractère mixte résultant soit des termes du contrat de travail, soit de la loi applicable. À mon avis, cette simplification de ces principes du droit administratif à cet égard est non seulement souhaitable, elle est nécessaire. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que la distinction entre les charges occupées selon bon plaisir et celles dont on peut être congédié pour un motif valable est périmée à tous égards. En effet, dans le cas d'une charge occupée à titre amovible, une fois que les raisons ont été fournies et l'audition accordée, la simple insatisfaction de l'employeur constitue toujours une justification suffisante pour valablement mettre fin à l'emploi.

Je conclus en conséquence que la caractérisation de l'emploi de l'intimé comme une charge détenue à titre amovible n'est aucunement incompatible avec l'existence d'une obligation d'agir équitablement de la part du Conseil.

(iii) *The Impact of the Decision on the Employee*

This point can be dealt with summarily. There is a right to procedural fairness only if the decision is a significant one and has an important impact on the individual. Various courts have recognized that the loss of employment against the office holder's will is a significant decision that could justify imposing a duty to act fairly on the administrative decision-making body. For example, this Court in *Nicholson, supra*, found that "Status in office deserves this minimal protection, however brief the period for which the office is held" (at p. 328, *per* Laskin C.J.) Also, in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, this Court noted that "A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake" (at p. 1113, *per* Dickson J., as he then was, for the majority). In view of this clear recognition of the importance of the right to retain one's employment, and absent any factual basis allowing us to distinguish these cases from the situation in the case at bar, there is no need to labour the point further. I conclude that the impact of the decision made by the appellant Board is compatible with the imposition of a duty to act fairly.

On the whole, the nature of the decision, the relationship existing between the respondent and the appellant Board and the impact on the respondent of the impugned decision lead to the conclusion that there was a general duty to act fairly on the part of the appellant Board in the circumstances of this case.

B. *The Education Act*

Having come to the conclusion that there exists a general right to procedural fairness, the statutory framework must be examined in order to see if it modifies this right (*Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275, at p. 277, *per* Lord Reid). However, as was pointed out by Dickson J. in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia, supra*, at p. 1113: "To abrogate the rules of natural justice, express language or neces-

(iii) *L'effet de la décision sur l'employé*

Ce point peut être traité brièvement. Il n'y a droit à l'équité procédurale que si la décision est importante et a de graves répercussions sur l'intéressé. Plusieurs tribunaux ont reconnu qu'une décision privant une personne de son emploi contre son gré est une décision importante pouvant justifier l'imposition à l'organisme administratif qui la prend de l'obligation d'agir équitablement. Par exemple, dans l'arrêt *Nicholson*, précité, notre Cour a conclu: «Le titulaire d'une charge mérite cette protection minimale, même si son entrée en fonction est très récente» (à la p. 328, le juge en chef Laskin). De plus, dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, notre Cour faisait remarquer: «Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu» (à la p. 1113, le juge Dickson, alors juge puîné, au nom de la majorité). Vu cette reconnaissance non équivoque de l'importance du droit de garder son emploi et en l'absence de faits nous permettant de distinguer ces arrêts de la présente affaire, point n'est besoin de nous attarder plus longtemps sur ce point. Je conclus que les répercussions de la décision prise par le Conseil sont compatibles avec l'existence d'une obligation d'agir équitablement.

En définitive, la nature de la décision, les relations qui existent entre l'intimé et le Conseil ainsi que l'effet de la décision contestée sur l'intimé nous mènent à la conclusion que, dans les circonstances de la présente affaire, il existait un devoir général de la part du Conseil d'agir équitablement.

B. *The Education Act*

Ayant conclu qu'il existe un droit général à l'équité procédurale, le cadre légal doit être scruté pour voir s'il vient modifier ce droit (*Wiseman v. Borneman*, [1969] 3 All E.R. 275, à la p. 277, lord Reid). Toutefois, comme le fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113: «Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte

sary implication must be found in the statutory instrument." Thus, the provisions of *The Education Act* must be quite clear to lead us to the conclusion that the respondent's general right to procedural fairness has been restricted.

The Saskatchewan Court of Appeal found that *The Education Act* imposed on the appellant Board a duty to act fairly by necessary implication. The argument is twofold. First, the office could not be terminated at pleasure but only for cause, and so it would fall into Lord Reid's third class and entail a duty to act fairly. I have already discussed this point and expressed my disagreement with it. Secondly, the Court of Appeal concludes that since s. 112 requires a "notice . . . of . . . intention to terminate the contract", as opposed to a "notice of termination", an inference can be made that the legislator clearly contemplated that a hearing be held. In my opinion, this argument is not conclusive, particularly when s. 112 is compared with the wording of s. 206(d) of *The Education Act*, requiring the Board to send a "notice of termination". That provision governs the dismissal for cause of a teacher who has a right to attend a meeting of the Board to show cause why the employment should not be terminated (s. 209). In that case, the statute clearly states that there is a right to a hearing and yet the expression "notice of termination" is used to describe the notice to be sent to the teacher. When put in this perspective, the use of the expression "notice . . . of . . . intention to terminate" in s. 112 does not appear to carry the weight accorded it by the Court of Appeal. The Court was referred to the decision of the House of Lords in *Malloch v. Aberdeen Corp.*, *supra*, as authority for the proposition that "notice of intention to terminate" meant a notice prior to the making of the decision. I find this decision to be of little help since, in that case, the legislation (the *Education (Scotland) Act, 1962*, 1962 (U.K.), c. 47) clearly stated that the notice in question had to be sent ". . . not less than three weeks before the meeting at which the resolution is adopted . . ." (s. 85(1)(a)). Thus, in that case, Parliament clearly stated the nature of

de loi exprès ou nettement implicite en ce sens». Donc, les dispositions de *The Education Act* doivent être bien claires pour qu'il y ait lieu de conclure qu'une restriction a été apportée au droit général de l'intimé à l'équité procédurale.

D'après la Cour d'appel de la Saskatchewan, il découle nécessairement de *The Education Act* que celle-ci impose au Conseil une obligation d'agir équitablement. L'argument comporte deux volets: premièrement, le titulaire de la charge ne pouvait pas être congédié au gré de l'employeur, mais seulement pour un motif valable; il s'agit donc d'une charge de la troisième catégorie établie par lord Reid, qui comporte une obligation d'agir équitablement. J'ai déjà traité ce point et exprimé mon désaccord. Deuxièmement, la Cour d'appel conclut que, comme l'art. 112 exige un «préavis [de l']intention de résilier le contrat», par opposition à un «préavis de résiliation», on peut en déduire que le législateur a manifestement envisagé la tenue d'une audition. À mon avis, cet argument n'est pas concluant, surtout quand on compare l'art. 112 avec le texte de l'al. 206d) de *The Education Act*, qui oblige le Conseil à transmettre un «préavis de résiliation». Cette dernière disposition traite du renvoi d'un enseignant pour un motif valable, celui-ci ayant le droit d'assister à une réunion du Conseil afin d'exposer les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être congédié (art. 209). Dans ce cas-là, la loi prévoit clairement le droit à une audition et utilise pourtant l'expression «préavis de résiliation» pour désigner le préavis à donner à l'enseignant. Vu dans ce contexte, l'emploi de l'expression «préavis [de l']intention de résilier» à l'art. 112 paraît ne pas revêtir l'importance que lui prête la Cour d'appel. On a référé la Cour à l'arrêt de la Chambre des lords, *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précité, à l'appui de la proposition selon laquelle l'expression «préavis de l'intention de résilier» signifiait un avis préalable à la prise de la décision. Je ne crois pas que cet arrêt nous soit d'un grand secours, étant donné que la loi dont il s'agissait (*The Education (Scotland) Act, 1962*, 1962 (U.K.), ch. 47) disait explicitement que l'avis en question devait être transmis [TRADUCTION] «. . . au moins trois semaines avant la réunion au cours de laquelle la résolution est adoptée . . .» (al. 85(1)a)).

the notice. I can find no such indicia in the Saskatchewan *Education Act*.

An interpretation of the term "notice of intention to terminate" that suggests that a director of education could be dismissed without just cause upon thirty days notice was described by the Saskatchewan Court of Appeal as "both unreal and unreasonable" (p. 313). While the length of such a notice is shorter than what may perhaps be considered reasonable, the language of the statute is clear and so is, for that matter, the employment contract. I find support for such a conclusion in the fact that, under s. 206 of *The Education Act*, a teacher can be dismissed for reason of redundancy after a similar thirty-day notice. In that case, the wording of the provision leaves no doubt that the notice is to be sent prior to termination and not prior to the decision to terminate the employment.

Section 113 of *The Education Act* sets out a procedure available to, amongst others, a director of education who has been dismissed. The provision grants the Education Minister discretion to order that a board of review investigate the termination. Part of it provides that:

113.—(1) A secretary, treasurer, secretary treasurer, superintendent of administration or director whose contract of employment has been terminated by the board of education may apply to the minister for an investigation of the termination and, upon receipt of the application, the minister may appoint a board of review consisting of

(3) The board of review shall hold an investigation and make its report within thirty days after the appointment of the chairman.

(9) The scope of the investigation and the findings of the board of review thereon shall, unless the board of review otherwise determines, be limited to the reasons for the termination of the contract.

The appellant Board submits that since the respondent could obtain the reasons for dismissal through such an investigation, it is pointless to impose on the Board a duty to give grounds prior

Donc, dans cette affaire, le législateur avait clairement défini la nature du préavis. Je ne vois rien de tel dans *The Education Act* de la Saskatchewan.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a exprimé l'avis qu'il était [TRADUCTION] «à la fois irréaliste et déraisonnable» (p. 313) d'interpréter l'expression «préavis de l'intention de résilier» comme permettant le renvoi d'un directeur de l'enseignement sans motif valable moyennant un préavis de trente jours. Bien que ce délai soit plus bref que ce qu'on pourrait peut-être juger raisonnable, les termes de la Loi sont clairs, comme le sont également d'ailleurs ceux du contrat d'emploi. J'estime que cette conclusion prend appui sur l'art. 206 de *The Education Act* qui prévoit un préavis similaire de trente jours dans le cas du congédiement d'un enseignant devenu excédentaire. Dans ce cas, le texte de cette disposition ne laisse aucun doute que l'avis doit être transmis avant le renvoi et non pas avant la prise de la décision de congédier.

L'article 113 de *The Education Act* établit une procédure à laquelle peut avoir recours notamment un directeur de l'enseignement qui a été congédié. Cette disposition confère au ministre de l'Éducation le pouvoir discrétionnaire d'ordonner qu'une commission de révision enquête sur le congédiement. L'article 113 dispose notamment:

[TRADUCTION] **113.—(1)** Le secrétaire, le trésorier, le secrétaire-trésorier, le surintendant administratif ou le directeur dont le contrat d'emploi a été résilié par le conseil scolaire peut demander au ministre la tenue d'une enquête sur cette résiliation et, sur réception de la demande, le ministre peut constituer une commission de révision composée de

(3) La commission de révision mène une enquête et fait son rapport dans les trente jours qui suivent la nomination du président.

(9) L'enquête et les conclusions de la commission de révision à l'issue de celle-ci portent uniquement sur les motifs de la résiliation du contrat, à moins que la commission n'en décide autrement.

Le Conseil fait valoir que, puisque l'intimé pouvait apprendre les raisons de son renvoi au moyen d'une telle enquête, il est inutile d'imposer au Conseil une obligation de donner des motifs préa-

to the decision to dismiss. The purpose of those two procedural safeguards are, however, inherently different. The duty to act fairly aims at insuring that the procedure followed by the appellant Board in reaching its decision to terminate the respondent's employment was fair to the respondent, i.e., that it gave him the opportunity to try and change the appellant Board's mind; the purpose of the investigation ordered pursuant to s. 113 of *The Education Act* is to review the basis of the school board's decision to dismiss an employee, i.e., the merits of the dismissal. The House of Lords was faced with a somewhat similar situation in *Malloch v. Aberdeen Corp.*, *supra*, where the dismissed teacher had a right to ask the Secretary of State to enquire into the reasons for the dismissal. As pointed out by Lord Wilberforce (at p. 1297):

A limited right of appeal on the merits affords no arguments against the existence of a right to a precedent hearing, and, if that is denied, to have the decision declared void.

The two rights have distinct rationales and therefore I find that the existence of an investigatory process pursuant to s. 113 does not preclude this Court from concluding that the appellant Board had a duty to act fairly.

I have thus come to the conclusion that *The Education Act* does not explicitly or implicitly excuse the appellant Board from acting fairly when terminating the employment contract of one of its administrative personnel such as the respondent. But this is not determinative of the appellant Board's obligations or the respondent's entitlement in regards to procedural fairness. Section 112 of *The Education Act* and s. 21(4) of *The Education Regulations*, enacted pursuant to that statute (Sask. Reg. 1/79), demand by necessary implication that reference be made to the contract of employment in order to determine whether the rules of natural justice have been abrogated. Section 21(4) of *The Education Regulations* provides that:

21.—...

(4) A director of education shall be engaged under a written contract which shall specify:

lablement à la décision de congédier. Ces deux mesures protectrices d'ordre procédural visent cependant des objets foncièrement différents. Le but de l'obligation d'agir équitablement est de faire en sorte que la procédure suivie par le Conseil pour prendre la décision de mettre fin à l'emploi de l'intimé soit juste envers celui-ci en ce sens qu'il a la possibilité de tenter d'amener le Conseil à changer d'avis. L'enquête ordonnée en vertu de l'art. 113 de *The Education Act*, par contre, a pour objet la révision de la justification de la décision du Conseil de congédier un employé, révision qui porte donc sur le fond du renvoi. La Chambre des lords s'est trouvée devant une situation assez semblable dans l'affaire *Malloch v. Aberdeen Corp.*, précitée, où l'enseignant congédié avait le droit de demander au secrétaire d'État d'enquêter sur les raisons de son congédiement. Comme le signale lord Wilberforce (à la p. 1297):

[TRADUCTION] Un droit limité d'en appeler sur le fond ne milite aucunement contre l'existence d'un droit d'être entendu au préalable et, s'il y a atteinte à ce droit, de faire annuler la décision.

Les deux droits ont des raisons d'être distinctes et j'estime en conséquence que l'existence du processus d'enquête prévu à l'art. 113 n'empêche pas notre Cour de conclure que le Conseil avait le devoir d'agir équitablement.

J'en arrive donc à la conclusion que ni explicitement ni implicitement *The Education Act* ne dispense le Conseil d'agir équitablement quand il met fin au contrat d'emploi d'un membre de son personnel administratif, comme l'intimé. Ceci ne suffit pas toutefois pour déterminer quelles étaient les obligations du Conseil ou les droits de l'intimé en ce qui concerne le devoir d'agir équitablement. L'article 112 de *The Education Act* et le par. 21(4) de *The Education Regulations* (Sask. Reg. 1/79), pris sous le régime de cette loi, exigent, par déduction nécessaire, que l'on se réfère au contrat d'emploi pour déterminer si les règles de justice naturelle ont été écartées. Le paragraphe 21(4) de *The Education Regulations* prévoit:

[TRADUCTION] 21.—...

(4) Un directeur de l'enseignement est engagé en vertu d'un contrat écrit stipulant:

(d) such terms and conditions of employment, including the procedure for termination of the contract by either party, as may be mutually agreed upon. [Emphasis added.]

We are thus led to review the employment contract in order to see if it in fact dealt fully with the termination procedure.

C. Under the Employment Contract

In interpreting the contract of employment, it will be presumed, as was the case with the statute, that the parties intended that procedural fairness would apply and it will take an explicit or clearly implicit provision to the contrary to override this presumption (*Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at p. 1113, *per Dickson J.*)

Unlike paragraph 3(d) of the contract, which states that the respondent could be dismissed for cause "... provided that the Employee shall be entitled to a fair hearing and investigation", paragraph 3(a), applicable where no cause is invoked to justify the dismissal, does not refer to the necessity of a hearing. The appellant Board construes this silence in paragraph 3(a) as meaning that the giving of reasons and the holding of a hearing were not contemplated under that provision. I would rather interpret this silence as a referral to the normal procedure applicable when an employee is dismissed for reasons that could not constitute just cause. As such, this procedure would encompass the relevant administrative law rules, including the imposition of a duty to act fairly on the part of the appellant Board. The referral to a three-month notice period is a substantive term of the agreement. Rather than specifying a procedure to be followed before a decision to terminate the employment is made, it simply sets out the manner in which such a decision is to be implemented after it has been made. In any event, I can see in the silence of the contract on this point no clear implicit waiver of the application of the duty to act fairly.

The general duty to act fairly for an administrative decision-making body making a decision that has a significant impact on an individual would

d) les conditions de travail convenues par les parties, y compris la procédure à suivre par l'une ou l'autre partie pour la résiliation du contrat. [Je souligne.]

Cela nous amène à l'examen du contrat d'emploi afin de déterminer si, en fait, il traite d'une manière exhaustive de la procédure de résiliation.

b C. Le contrat d'emploi

Dans l'interprétation du contrat d'emploi, il sera présumé, comme pour la Loi, que les parties ont voulu que l'équité procédurale s'applique et cette présomption ne pourra être renversée que par une disposition contraire explicite ou nettement implicite (*Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113, le juge Dickson).

À la différence de l'al. 3d) du contrat, qui stipule que l'intimé peut être congédié pour un motif valable, pourvu qu'il ait «... droit à une audition équitable et à la tenue d'une enquête...», l'al. 3a), qui vise le cas où aucun motif valable n'est donné pour justifier le renvoi, ne parle pas de la nécessité d'une enquête. Selon l'interprétation du Conseil, ce silence à l'al. 3a) signifie que la motivation de la décision et la tenue d'une enquête n'y sont pas envisagées. Personnellement, je l'interprète plutôt comme une référence à la procédure normalement suivie quand un employé est congédié pour des motifs qui ne pourraient être considérés comme valables. Cette façon de procéder engloberait donc les règles pertinentes du droit administratif, dont l'imposition au Conseil de l'obligation d'agir équitablement. La mention d'un préavis de trois mois est une condition de fond du contrat. Au lieu de préciser la procédure à suivre avant qu'une décision de mettre fin à l'emploi soit prise, il ne fait qu'énoncer la façon de mettre à exécution cette décision après qu'elle a été prise. Quoi qu'il en soit, je ne puis voir dans le silence du contrat sur ce point aucune dérogation clairement implicite à l'obligation d'agir équitablement.

j Le devoir général d'agir équitablement imposé à un organisme décisionnel administratif qui prend une décision ayant des répercussions importantes

thus apply, unaltered here by either *The Education Act* or the employment contract.

3. *The Content of the Duty to Act Fairly*

Like the principles of natural justice, the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case. In *Nicholson, supra*, at pp. 326-27, Laskin C.J. adopts the following passage from the decision of the Privy Council in *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660, a New Zealand appeal where Lord Morris of Borth-y-Gest, writing for the majority, held at p. 679:

Natural justice is but fairness writ large and juridically. It has been described as "fair play in action". Nor is it a leaven to be associated only with judicial or quasi-judicial occasions. But as was pointed out by Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All E.R. 109, 118, the requirements of natural justice must depend on the circumstances of each particular case and the subject matter under consideration. [Emphasis added.]

This was underlined again very recently by this Court in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, *supra*, where Sopinka J. wrote for the majority at pp. 895-96:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provision and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. [Emphasis added.]

The approach to be adopted by a court in deciding if the duty to act fairly was complied with is thus close to empiric. Pépin and Ouellette, *Principes de*

sur un particulier s'appliquerait donc en l'espèce, sans qu'il soit modifié ni par *The Education Act* ni par le contrat d'emploi.

a 3. *La nature de l'obligation d'agir équitablement*

Tout comme les principes de justice naturelle, la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas. Dans l'arrêt *Nicholson*, précité, le juge en chef Laskin adopte, aux pp. 326 et 327, le passage suivant tiré de l'arrêt du Conseil privé *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660, un pourvoi néo-zélandais où lord Morris of Borth-y-Gest écrit au nom de la majorité à la p. 679:

[TRADUCTION] La justice naturelle, c'est l'équité exprimée en termes larges et juridiques. On l'a décrite comme «la mise en pratique du franc-jeu.» C'est un catalyseur dont l'action n'est pas uniquement associée au processus judiciaire ou quasi judiciaire. Mais, comme l'a fait remarquer le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All E.R. 109, à la p. 118, les exigences de la justice naturelle sont tributaires des circonstances de chaque affaire particulière et de la question traitée. [Je souligne.]

Notre Cour a souligné une fois de plus très récemment dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, où le juge Sopinka écrit au nom de la majorité, aux pp. 895 et 896:

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question. [Je souligne.]

La méthode à adopter par un tribunal qui doit décider si l'on s'est acquitté de l'obligation d'agir équitablement confine donc à l'empirisme. Pépin et

contentieux administratif, at p. 249, quote the following colourful comment of an English judge to the effect that "from time to time . . . lawyers and judges have tried to define what constitutes fairness. Like defining an elephant, it is not easy to do, although fairness in practice has the elephantine quality of being easy to recognize" (*Maxwell v. Department of Trade and Industry*, [1974] Q.B. 523, at p. 539). Of course with this flexibility comes the inherent difficulty of differing notions of fairness amongst those called upon to determine if the duty to act fairly was complied with. Therefore it is necessary to temper assertions that the concept of fairness is a purely subjective one. Like the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the concept of fairness is entrenched in the principles governing our legal system (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3, *per* La Forest J. for the Court), and the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making.

In the case at bar the Saskatchewan Court of Appeal found that the basic requirements of the duty to act fairly are the giving of reasons for the dismissal and a hearing, adding that the content will vary according to the circumstances of each case. Since the respondent could be dismissed at pleasure, the content of the duty of fairness would be minimal and I would tend to agree that notice of the reasons for the appellant Board's dissatisfaction with the respondent's employment and affording him an opportunity to be heard would be sufficient to meet the requirement of fairness. This Court in *Nicholson, supra*, at p. 328, *per* Laskin C.J. for the majority, found similar requirements to be sufficient in a case where the employee was dismissable from office only for cause.

Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, à la p. 249, citent ces propos pittoresques d'un juge anglais: [TRADUCTION] «à l'occasion [...] les avocats et les juges ont tenté de définir ce qu'est l'équité. Tout comme définir un éléphant, ce n'est pas chose facile à faire, quoique, dans la pratique, l'équité, au même titre qu'un éléphant, soit facile à reconnaître» (*Maxwell v. Department of Trade and Industry*, [1974] Q.B. 523, à la p. 539). Inhérente à cette flexibilité se trouve, évidemment, la difficulté que présentent des conceptions différentes de l'équité parmi ceux qui sont appelés à décider si l'obligation d'agir équitablement a été remplie. Il faut en conséquence atténuer les assertions que l'équité est une notion purement subjective. Comme les principes de justice fondamentale évoqués à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le concept de l'équité est ancré dans les principes qui sont à la base de notre système de droit (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403, le juge La Forest au nom de la Cour), et la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives.

f

En l'espèce, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que les exigences fondamentales de l'obligation d'agir équitablement consistent à donner les motifs du renvoi et à accorder une audition, tout en ajoutant que le contenu de l'obligation variera en fonction des circonstances de chaque cas. Comme l'intimé pouvait être congédié au gré de l'employeur, le contenu de l'obligation d'équité serait minimal et je suis portée à partager l'avis que, pour satisfaire à l'exigence d'équité, il aurait suffi que le Conseil communique à l'intimé les raisons de son insatisfaction à l'égard de son rendement et qu'il lui fournisse la possibilité de se faire entendre. Dans l'arrêt *Nicholson*, précité, notre Cour a conclu que des exigences similaires étaient suffisantes dans un cas où il s'agissait d'un employé qui ne pouvait être renvoyé de sa charge que pour un motif valable (à la p. 328, le juge en chef Laskin au nom de la majorité).

4. *Compliance with the Duty to Act Fairly*

The trial judge and the Court of Appeal disagreed on whether the respondent was provided with reasons for his dismissal and the opportunity to be heard. In the Court of Queen's Bench, Lawton J. found that through the negotiation sessions between the respondent's attorney and the appellant Board, the respondent was made fully aware of the grievances of the Board and had ample opportunity to present his side of the story. Lawton J. writes at p. 283:

The failure to agree on a one-year contract, which from the beginning was the major reason for the negotiations, finished them. But there had been negotiations up until that time—the lines of communication had been open and Knigh^t, through his solicitor, had been actively involved in presenting his case to the Board. He was being heard. By August, everything that had to be said had been said by both parties. [Emphasis added.]

He therefore concluded that the procedure followed by the appellant Board was fair. The Saskatchewan Court of Appeal found that the respondent got neither reasons for his dismissal nor a hearing. It disagreed with the trial judge's finding that the negotiations leading to a new employment contract could be construed as equaling the giving of reasons and an opportunity to be heard. Sherstobitoff J.A. found for the court, at p. 313, that:

The trial judge seemed to proceed on the assumption that the appellant knew, or should have known, that if he did not agree to a new one-year contract that he would be fired and we must accept that finding of fact. However, the fact remained that he was never told that he would be fired unless he accepted a one-year contract until he was actually fired. The trial judge was wrong in accepting the implied threat of termination on the part of the employer as a notice of intention to terminate and the failed negotiations as reasons for dismissal as required by the rules of procedural fairness. It is difficult to think of anything more unfair to an employee than to tell him that he must accept a threat which he should have inferred from the employer's conduct as formal notice of intention to terminate, and must treat a purported renegotiation of an employment contract as a hearing into whether or not he should be terminated. [Emphasis added.]

4. *L'application du devoir d'agir équitablement*

Le juge de première instance et la Cour d'appel n'étaient pas d'accord quant à savoir si on avait donné à l'intimé les motifs de son renvoi et la possibilité d'être entendu. En Cour du Banc de la Reine, le juge Lawton a conclu que, grâce aux séances de négociation entre l'avocat de l'intimé et le Conseil, l'intimé avait été mis parfaitement au courant des griefs du Conseil et avait eu largement la possibilité de faire valoir son point de vue. Le juge Lawton écrit, à la p. 283:

[TRADUCTION] Le fait de ne pas s'entendre sur un contrat d'un an, ce qui avait été dès le départ la raison principale des négociations, a entraîné l'échec de celles-ci. Mais les négociations avaient continué jusqu'à—les parties étaient restées en communication et Knigh^t, par l'intermédiaire de son avocat, s'occupait activement de présenter ses arguments au Conseil. Il se faisait entendre. Au mois d'août, les deux parties avaient dit tout ce qu'elles avaient à dire. [Je souligne.]

Il a conclu en conséquence que la procédure suivie par le Conseil était équitable. La Cour d'appel de la Saskatchewan est arrivée à la conclusion qu'on n'avait pas donné à l'intimé les raisons de son renvoi et qu'on ne lui avait pas accordé une audition. Elle divergeait d'opinion avec la conclusion du premier juge que les négociations en vue d'un nouveau contrat d'emploi pouvaient être considérées comme équivalant à donner des motifs et la possibilité d'être entendu. Le juge Sherstobitoff a décidé au nom de la Cour d'appel (à la p. 313):

[TRADUCTION] Le juge de première instance semble avoir tenu pour acquis que l'appelant savait, ou aurait dû savoir, que s'il ne signait pas un nouveau contrat pour un an il serait renvoyé et nous devons accepter cette conclusion de fait. Il reste cependant qu'avant son renvoi on ne lui avait jamais dit qu'il serait congédié s'il n'acceptait pas un contrat d'un an. C'est à tort que le premier juge a considéré la menace implicite de renvoi faite par l'employeur comme un avis de son intention de mettre fin à l'emploi et les négociations échouées comme des motifs de renvoi conformément aux exigences des règles de l'équité procédurale. On peut difficilement concevoir quelque chose de plus inéquitable envers un employé que de lui dire qu'il doit accepter une menace qu'il aurait dû inférer de la conduite de l'employeur comme un avis en bonne et due forme de l'intention de le renvoyer et qu'il doit considérer la prétendue renegotiation d'un contrat d'emploi comme une audition sur l'opportunité de le congédier. [Je souligne.]

The disagreement between the two courts below lies therefore not so much in the content of the communication but rather in the significance to be attached to the negotiations between the parties.

It must not be forgotten that every administrative body is the master of its own procedure and need not assume the trappings of a court. The object is not to import into administrative proceedings the rigidity of all the requirements of natural justice that must be observed by a court, but rather to allow administrative bodies to work out a system that is flexible, adapted to their needs and fair. As pointed out by de Smith (*de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 240), the aim is not to create "procedural perfection" but to achieve a certain balance between the need for fairness, efficiency and predictability of outcome. Hence, in the case at bar, if it can be found that the respondent indeed had knowledge of the reasons for his dismissal and had an opportunity to be heard by the Board, the requirements of procedural fairness will be satisfied even if there was no structured "hearing" in the judicial meaning of the word. I would agree with Wade when he writes (*Administrative Law, supra*, at pp. 482-83):

A 'hearing' will normally be an oral hearing. But it has been held that a statutory board, acting in an administrative capacity, may decide for itself whether to deal with applications by oral hearing or merely on written evidence and argument, provided that it does in substance 'hear' them; . . . [Emphasis added; footnotes omitted.]

Laskin C.J. echoed this view in *Nicholson, supra*, at p. 328, when he stated that the Police Commissioners should have 'heard' Nicholson before deciding to terminate his employment, but not implying that there should be a formal hearing. (See also *Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*, at p. 659, *per* Le Dain J.) In the same vein, the duty to give reasons need not involve a full and complete disclosure by the administrative body of all of its reasons for dismissing the employee, but rather the communication of the broad grounds revealing the general substance of the reason for dismissal (*Selvarajan v. Race Relations Board*,

La divergence d'opinion entre les deux cours ne tient donc pas tant au contenu de la communication qu'à l'importance qu'il y a lieu d'attacher aux négociations entre les parties.

a

Il ne faut pas oublier que tout organisme administratif est maître de sa propre procédure et n'a pas à se modeler sur les tribunaux judiciaires. L'idée n'est pas d'importer dans les procédures administratives toute la rigidité des exigences de la justice naturelle auxquelles doit satisfaire un tribunal judiciaire, mais simplement de permettre aux organismes administratifs d'élaborer un système souple, adapté à leurs besoins et équitable. Comme le fait remarquer de Smith (*de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), à la p. 240), on ne vise pas à créer [TRADUCTION] «la perfection procédurale», mais bien à établir un certain équilibre entre le besoin d'équité, d'efficacité et de prévisibilité des résultats. Il s'ensuit que si, en l'espèce, on peut conclure que l'intimé connaissait en fait les motifs de son congédiement et avait eu la possibilité de se faire entendre par le Conseil, les exigences de l'équité procédurale auront été remplies, même s'il n'y a pas eu d'«audition» structurée au sens judiciaire du terme. Je suis d'accord avec Wade, qui écrit (*Administrative Law*, précité, aux pp. 482 et 483):

b

c

d

e

f

[TRADUCTION] Une «audition» sera normalement une audition orale. Il a toutefois été jugé qu'une commission constituée aux termes d'une loi, qui agit à titre administratif, peut décider elle-même si une demande fera l'objet d'une audition orale ou simplement par écrit, pourvu que les demandes soient en fait «entendues»; . . . [Je souligne; renvois supprimés.]

h

i

j

Ce point de vue a été repris par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nicholson*, précité, à la p. 328, où il dit que la commission de police aurait dû «entendre» Nicholson avant de décider la cessation de son emploi sans dire pour autant qu'il aurait dû y avoir une audition en règle (voir aussi *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, à la p. 659, le juge Le Dain). Dans le même ordre d'idées, l'obligation de donner des motifs ne comporte pas nécessairement la révélation complète par l'organisme administratif de toutes les raisons du renvoi de l'employé; il s'agit plutôt de lui communiquer les raisons générales de manière à

[1976] 1 All E.R. 12, at p. 19, *per* Lord Denning M.R.)

In the present case, the trial judge found as a fact that the respondent knew or should have known why the appellant Board was unhappy with his employment contract and that if he did not accept a one-year contract he would be dismissed. In my view, the record amply supports this finding, which was not disputed by the Court of Appeal. I recognize the Court of Appeal's concern that the respondent was never officially notified of the reasons for his dismissal, but it is clear that he was informed of those reasons through his meetings with the appellant Board, sometimes personally, sometimes through his solicitor. In conformity with s. 2 of the contract of employment, the respondent was present at the appellant Board's meeting on May 30, 1983, where his contract was not renewed, and had the opportunity to make representations if he so wished. Further, during the summer, the respondent's attorney met twice with the appellant Board to negotiate a new contract, and all issues appeared to have been settled except as to the duration of the contract, the respondent pressing for a minimum two-year term while the Board insisted on a one-year contract. Both parties appear to have been adamant on this point and it can be presumed that it caused the negotiations to fall through. Since I accept the trial judge's finding of facts that "everything that had to be said had been said" (at p. 283), the requirement of the formal giving of reasons and the holding of a hearing would achieve no more, in my respectful view, than to impose upon the appellant Board a purely procedural requirement, against the above-stated principles of flexibility of administrative procedure.

In my view, the appellant Board has made itself sufficiently available for discussion through meetings with the respondent and his lawyer so that each party's concerns were made fully known to the other. This can only lead to the conclusion that the respondent knew the reasons for his dismissal

lui indiquer en substance ce qui a motivé le renvoi (*Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12, à la p. 19, le maître des rôles lord Denning).

^a En l'espèce, le juge de première instance a conclu que l'intimé savait ou aurait dû savoir pourquoi son contrat d'emploi ne convenait pas au Conseil et qu'il savait ou aurait dû savoir en outre ^b qu'il serait congédié s'il n'acceptait pas un contrat d'un an. À mon avis, cette conclusion est largement appuyée par le dossier, ce que la Cour d'appel n'a pas contesté. Je reconnais que la Cour d'appel était préoccupée du fait que l'intimé ^c n'avait jamais été officiellement avisé des raisons de son renvoi, mais il me paraît évident que, par suite des rencontres avec le Conseil il en a bel et bien été informé, tantôt directement, tantôt par ^d l'intermédiaire de son avocat. En conformité avec l'art. 2 du contrat d'emploi, l'intimé assistait à la réunion du 30 mai 1983 au cours de laquelle le Conseil a décidé de ne pas reconduire son contrat et il a eu la possibilité de faire des observations s'il ^e le désirait. De plus, dans le courant de l'été, l'avocat de l'intimé a rencontré le Conseil à deux reprises en vue de négocier un nouveau contrat et toutes les questions paraissaient avoir été réglées, ^f sauf celle de la durée du contrat, car l'intimé désirait une durée minimale de deux ans tandis que le Conseil exigeait un contrat d'un an. Les deux parties semblent avoir été intransigeantes sur ce point et on peut supposer que c'est ce qui a ^g provoqué l'échec des pourparlers. Comme j'accepte la conclusion de fait du juge de première instance que les parties «avaient dit tout ce qu'elles avaient à dire» (à la p. 283), exiger du Conseil qu'il donne un avis en bonne et due forme de ses motifs et qu'il ^h tienne une audition n'aurait pas d'autre effet, à mon humble avis, que de lui imposer une exigence de pure procédure contrairement aux principes, précédemment énoncés, de souplesse dans la procédure administrative.

ⁱ À mon avis, le Conseil, par des rencontres avec l'intimé et son avocat, s'est rendu suffisamment disponible à des fins de discussion pour que chaque partie puisse faire connaître parfaitement son point de vue. Cela nous conduit inéluctablement à la conclusion que l'intimé connaissait les raisons de

and was provided with every opportunity to be heard. The requirements of the duty to act fairly in the scope of the employer-employee relationship in the case at bar have been met. I therefore conclude that the respondent was properly dismissed and that his action must fail.

Disposition

Accordingly I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Lawton J. in the Court of Queen's Bench, the whole with costs throughout.

The reasons of Wilson, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice L'Heureux-Dubé. While I agree with her disposition of this matter, I cannot agree that in the circumstances of this case the appellant owed a duty of fairness to the respondent.

The facts are stated in the judgment of L'Heureux-Dubé J. and I would merely observe that while the original statement of claim was delivered on October 11, 1983, the assertion of a duty of fairness was not made until February 24, 1986, two days before the trial.

The starting point in considering the presence of a duty of procedural fairness in an employment situation is the decision of the House of Lords in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66. Lord Reid set out three categories of employment relationship (at pp. 71-72): (1) the master servant relationship; (2) the office held at pleasure; and (3) the office from which one cannot be removed except for cause. In his opinion, the duty of procedural fairness arose only in the third category.

For the reasons stated by L'Heureux-Dubé J., the appellant was entitled to dismiss the respondent without cause. Furthermore, I agree with her that the respondent's employment relationship falls into the second category.

son renvoi et a eu toutes les possibilités voulues de se faire entendre. Les exigences de l'obligation d'agir équitablement dans le contexte de la relation employeur-employé ici en cause ont donc été remplies. Je conclus en conséquence que l'intimé a été régulièrement congédié et qu'il doit être débouté de sa demande.

Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge Lawton de la Cour du Banc de la Reine, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Wilson, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. Bien que je sois du même avis qu'elle quant à la manière de statuer sur le pourvoi, je ne puis admettre que, dans les circonstances de l'espèce, l'appellant avait une obligation d'équité envers l'intimé.

Les faits sont relatés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé et je ferais simplement remarquer que, bien que la première déclaration ait été signifiée le 11 octobre 1983, l'allégation d'une obligation d'équité a été formulée pour la première fois le 24 février 1986 seulement, soit deux jours avant le procès.

Le point de départ de l'examen de la présence d'une obligation d'équité procédurale dans une affaire d'emploi est l'arrêt de la Chambre des lords *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66. Lord Reid y parle de trois types de relations d'emploi (aux pp. 71 et 72): (1) les relations entre maître et serviteur, (2) l'occupation d'une fonction à titre amovible, et (3) l'occupation d'une fonction dont on ne peut être écarté que pour un motif déterminé. À son avis, l'obligation d'équité procédurale n'existe que dans la troisième catégorie.

Pour les motifs exposés par le juge L'Heureux-Dubé, l'appellant pouvait congédier l'intimé sans motif déterminé. De plus, je suis d'accord avec elle que la situation d'emploi de l'intimé relève de la deuxième catégorie.

As a general rule, this category does not attract the duty of procedural fairness because the employer can terminate the employment without cause and without giving any reason. It would therefore be inconsistent with the above to require the employer to give a reason for terminating the employee's employment in order to comply with the dictates of procedural fairness. If a duty of fairness arises, it would be of a limited nature. The employer would be required to allow the employee to state his or her case. Furthermore, the employer would be bound to consider any representations made by the employee.

I am not prepared, however, to completely shut the door on the existence of a duty of fairness in relation to the termination of an office held at pleasure. An exception may be made in special cases where a sound basis for an exception is put forward. In order to bring himself or herself within the exception to the general rule, an employee in the position of the respondent must be able to identify in the statute, regulations or contractual provisions governing the relationship, provisions which expressly or by necessary implication confer upon the employee a right to be heard or to make representations.

In this regard, I accept as a correct statement of the law the following passage from the judgment of Lord Wilberforce in *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278, at p. 1295, which was quoted with approval by Chief Justice Laskin in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at pp. 323-24:

... As a general principle, I respectfully agree; and I think it important not to weaken a principle which, for reasons of public policy, applies, at least as a starting point, to so wide a range of the public service. The difficulty arises when, as here, there are other incidents of the employment laid down by statute, or regulations, or code of employment or agreement. The rigour of the principle is often, in modern practice, mitigated for it has come to be perceived that the very possibility of dismissal without reason being given—action which may vitally affect a man's career or his pension—makes it all the more important for him, in suitable circumstances, to be able to state his case and, if denied the right to do so, to be able to have his dismissal declared void. So,

En règle générale, cette catégorie ne donne pas lieu à une obligation d'équité procédurale parce que l'employeur peut mettre fin à l'emploi sans motif déterminé et même sans donner aucune raison. Il serait donc incompatible avec ce qui précède d'exiger d'un employeur qu'il fournisse le motif du renvoi d'un employé pour se conformer à une obligation d'équité procédurale. S'il existait une obligation d'équité, elle serait de nature limitée. L'employeur serait tenu de permettre à l'employé de se défendre. De plus, l'employeur serait tenu de considérer tous les arguments de l'employé.

Cependant, je ne suis pas prêt à nier totalement l'existence d'une obligation d'équité à l'égard de la destitution d'une fonction occupée à titre amovible. Il est possible de faire exception dans des cas spéciaux où l'on fait valoir une bonne raison de le faire. Pour se prévaloir de l'exception à la règle générale, un employé qui se trouve dans la situation de l'intimé doit pouvoir identifier des dispositions de la loi, du règlement ou du contrat de travail régissant les relations qui confèrent expressément ou implicitement à l'employé le droit d'être entendu ou de soumettre des arguments.

À cet égard, je reconnais comme énoncé exact du droit le passage suivant des motifs de lord Wilberforce dans l'arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278, à la p. 1295, que le juge en chef Laskin a cité et approuvé dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, aux pp. 323 et 324:

[TRANSDUCTION] ... En règle générale je suis d'accord; il me semble important de ne pas affaiblir un principe qui, pour des raisons d'ordre public, s'applique, du moins au départ, à un large secteur de la fonction publique. Les difficultés surgissent lorsque, comme en l'espèce, la loi, les règlements, le code du travail ou la convention collective réglementent aussi l'emploi. La rigueur du principe est souvent atténuée en pratique aujourd'hui, car on s'est rendu compte que la possibilité même d'une destitution non motivée—qui peut porter un coup fatal à la carrière d'un homme ou à sa pension — rend d'autant plus importante pour ce dernier la possibilité de se défendre, lorsque les circonstances le permettent, et, si on lui refuse ce droit, la possibilité de faire annuler sa

while the courts will necessarily respect the right, for good reasons of public policy, to dismiss without assigned reasons, this should not, in my opinion, prevent them from examining the framework and context of the employment to see whether elementary rights are conferred on him expressly or by necessary implication, and how far these extend. The present case is, in my opinion, just such a case where there are strong indications that a right to be heard, in appropriate circumstances, should not be denied.

The strong indications in *Malloch, supra*, which led the House of Lords to find a duty of fairness were statutory requirements that enabled the employer to dismiss a teacher only after “due deliberation” at a meeting of which the teacher was required to receive notice.

In *Nicholson, supra*, the other case relied on by L’Heureux-Dubé J. in finding a duty of fairness, Laskin C.J. did not find it necessary to apply the above statement of Lord Wilberforce, cited by him. It was not applicable because the appellant, a probationary constable, was found not to be dismissable at pleasure. At page 324, Laskin C.J. stated:

This case does not, however, fall to be determined on the ground that the appellant was dismissable at pleasure. The dropping of the phrase “at pleasure” from the statutory provision for engagement of constables, and its replacement by a regime under which regulations fix the temporal point at which full procedural protection is given to a constable, indicates to me a turning away from the old common law rule even in cases where the full period of time has not fully run. The status enjoyed by the office holder must now be taken to have more substance than to be dependent upon the whim of the Board up to the point where it has been enjoyed for eighteen months.

In her reasons, my colleague concludes, at p. 677, that a common law duty of fairness arises from “the nature of the decision, the relationship existing between the respondent and the appellant Board and the impact on the respondent of the impugned decision”. This precedes her detailed examination of the statute, the regulations and the

destitution. Ainsi, bien que pour de bonnes raisons d’ordre public, les tribunaux doivent respecter le droit de destituer sans motif déterminé, cela ne doit pas, à mon avis, les empêcher d’examiner le cadre et le contexte de l’emploi pour voir si des droits élémentaires sont accordés expressément ou implicitement à l’employé, et d’en définir la portée. En l’espèce, je crois que nous avons un de ces cas où de forts indices militent contre le refus du droit à une audition, lorsque les circonstances le permettent.

Les forts indices de l’arrêt *Malloch*, précité, qui ont amené la Chambre des lords à conclure à l’existence d’une obligation d’équité étaient les conditions prévues par la Loi en vertu desquelles l’employeur ne pouvait congédier un enseignant qu’après avoir [TRADUCTION] «dûment délibéré» lors d’une réunion dont l’enseignant devait avoir été avisé.

Dans l’arrêt *Nicholson*, précité, l’autre arrêt sur lequel le juge L’Heureux-Dubé s’est fondée pour conclure à l’existence d’une obligation d’équité, le juge en chef Laskin n’a pas cru nécessaire d’appliquer le passage précité de lord Wilberforce qu’il avait lui-même reproduit. Cet énoncé ne s’appliquait pas parce qu’on a conclu que l’appelant, à titre de policier stagiaire, ne pouvait pas être congédié sans formalités. Le juge en chef Laskin dit, à la p. 324:

Toutefois, ce pourvoi ne dépend pas de la question de savoir si l’appelant peut être congédié sans formalités. Le retrait de l’expression «à titre amovible», de la disposition de la Loi relative à l’engagement des agents de police, et son remplacement par un régime dans lequel des règlements fixent le moment à partir duquel les agents de police bénéficient de l’entière protection qu’offre la procédure, indiquent, à mon avis, l’abandon de l’ancienne règle de *common law*, même lorsque la période de temps prévue n’est pas complètement écoulée. Il convient de considérer que le statut du titulaire d’une charge n’est pas précaire au point d’être totalement assujéti au caprice du comité pendant les premiers dix-huit mois de son entrée en fonction.

Dans ses motifs de jugement, ma collègue conclut, à la p. 677, qu’en common law une obligation d’équité résulte «[de] la nature de la décision, [d]es relations qui existent entre l’intimé et le Conseil ainsi que [de] l’effet de la décision contestée sur l’intimé». Ceci précède l’analyse détaillée de la Loi, du règlement et du contrat qu’elle a effectuée dans

contract with a view to identifying therein the indicia of a duty of fairness. An examination in detail of the statute, regulations and contract is made after a common law duty is "presumed to exist" and then only to determine whether such a duty has been ruled out.

In my respectful opinion, that approach converts the exception into the rule. The correct approach requires an examination of the statute, regulations and contract to determine whether the respondent has brought himself within the exception to the general rule that an office terminable at pleasure does not attract the duty of fairness. To do so, provisions of the governing instruments must be identified which specifically or by implication point to a duty of fairness. These governing instruments are the framework and context of the employment to which Lord Wilberforce refers and which must constitute the source of the indicia of a duty of fairness. I now turn to the task of examining these instruments.

The Statute and Regulations

Section 91(x) of *The Education Act*, R.S.S. 1978, c. E-0.1, empowers the Board to enter into written contracts with teachers and other personnel and to "terminate such contracts for cause in accordance with the provisions of this Act". As explained by my colleague, the words quoted do not mean that cause is required in the case of every contract.

Section 112 provides for termination of contracts of employment, including that of the director of education, by either party giving to the other thirty days' notice of "his intention to terminate the contract". By virtue of s. 113, senior officials of the Board, including the director of education, whose contracts have been terminated, may apply to the Minister for a Board of Review. The function of the Board of Review is to investigate the reasons for termination of the contract and report to the Minister. Both parties to the contract may be represented by counsel at the investigation. The Board of Review has no power to provide relief and its report appears to be purely advisory.

le but d'y trouver des indices d'une obligation d'équité. L'examen détaillé de la Loi, du règlement et du contrat est effectué après avoir «présupposé qu'il existe» une obligation de common law et seulement pour savoir si cette obligation a été écartée.

J'estime, en toute déférence, que cette façon de procéder transforme l'exception en règle. La bonne méthode consiste à procéder à l'examen de la Loi, du règlement et du contrat pour déterminer si l'appelant a rendu applicable à son endroit l'exception à la règle générale selon laquelle une fonction occupée à titre amovible ne donne pas lieu à une obligation d'équité. Pour ce faire, il faut relever des dispositions des textes applicables qui imposent explicitement ou implicitement une obligation d'équité. Ces textes applicables constituent le cadre et le contexte de l'emploi dont parle lord Wilberforce et qui doivent constituer la source des indices d'une obligation d'équité. J'examinerai donc maintenant ces textes.

La Loi et le règlement

L'alinéa 91(x) de *The Education Act*, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, habilite le Conseil à conclure des contrats avec les enseignants et les autres employés et à [TRADUCTION] «résilier ces contrats pour un motif valable conformément aux dispositions de la présente loi». Comme ma collègue l'a expliqué, les mots cités ne signifient pas qu'il doit y avoir un motif pour tous les contrats.

L'article 112 prévoit la résiliation des contrats de travail, dont celui du directeur de l'enseignement, moyennant la communication par une partie à l'autre d'un préavis de trente jours «de son intention de [. . .] résilier» le contrat. En vertu de l'art. 113, les cadres du Conseil, y compris le directeur de l'enseignement, dont le contrat a été résilié peuvent demander au Ministre la tenue d'une enquête par une commission de révision. Le rôle de la commission de révision consiste à faire enquête sur les motifs de résiliation du contrat et à faire rapport au Ministre. Les deux parties au contrat peuvent se faire représenter par un avocat lors de cette enquête. La commission de révision n'a pas le pouvoir d'accorder de réparation et son rapport semble être de nature purement consultative.

Although not strictly relevant to the contract of a director of education, the provisions dealing with teacher contracts shed light on the interpretation to be given to the sections I have reviewed above. Section 206 makes provision for termination of teachers' contracts for various causes. In some cases, termination is immediate but the teacher is entitled to a written notice of termination upon request. In other cases, a period of notice is required. In either case, the notice must set out the reason or reasons for termination. Section 209 specifically provides that upon application by the teacher, the Board must make provision for the attendance by the teacher at a Board meeting to show cause why the contract should not be terminated.

Sections 212 to 226 provide for appeals on termination of contract to a Board of Reference. With some limited exceptions, any teacher whose contract has been terminated is entitled to have a Board of Reference appointed. Provision is made for a hearing. The Board is empowered to provide specified relief including reinstatement. Its decision is final and binding on the parties. These powers of the Board of Reference are in marked contrast to the limited power of a Board of Review.

I have dealt with these sections of the Act in some detail because it becomes apparent that there is nothing in them that specifically or by necessary implication creates a duty of procedural fairness on the termination of the contract of a director of education. The Court of Appeal thought that the phrase "notice of intention to terminate" imported an intention to hold a hearing, but I agree with L'Heureux-Dubé J. that these words cannot have this effect. In addition to what she has said, I point out that the use of the words "intention to terminate" rather than "termination" is simply a more accurate description of what the notice is. Since termination is not immediate, it is not quite accurate to call it a notice of termination. What happens is that the Board decides that in thirty days the contract will be terminated. Hence the phrase "intention to terminate in thirty days".

Bien qu'elles ne soient pas exactement applicables au contrat du directeur de l'enseignement, les dispositions visant les contrats des enseignants indiquent comment il faut interpréter les articles que j'ai déjà examinés. L'article 206 prévoit la résiliation des contrats des enseignants pour différents motifs. Dans certains cas, la résiliation est immédiate, mais l'enseignant a droit à un préavis de résiliation écrit s'il le demande. Dans d'autres cas, un délai de préavis est prescrit. Dans l'un et l'autre cas, le préavis doit exposer la ou les raisons de la résiliation. L'article 209 stipule expressément qu'à la demande de l'enseignant, le Conseil doit lui permettre d'assister à une réunion du Conseil afin d'y faire valoir les motifs pour lesquels le contrat ne devrait pas être résilié.

Les articles 212 à 226 prévoient qu'il peut y avoir appel de la résiliation d'un contrat auprès d'un conseil d'arbitrage. À quelques exceptions près, un enseignant dont le contrat a été résilié a droit à la constitution d'un conseil d'arbitrage. On prévoit la tenue d'une audition. Le conseil est habilité à accorder certaines réparations dont la réintégration. Sa décision est finale et lie les deux parties. Les pouvoirs du conseil d'arbitrage diffèrent nettement du pouvoir limité de la commission de révision.

J'ai examiné ces articles de la Loi de façon assez détaillée parce qu'il ressort nettement qu'ils ne comportent aucune disposition qui impose expressément ou implicitement une obligation d'équité procédurale à l'occasion de la résiliation du contrat d'un directeur de l'enseignement. La Cour d'appel a estimé que l'expression [TRADUCTION] «préavis de l'intention de résilier le contrat» voulait dire l'intention de tenir une audition, mais je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé que cette expression ne peut avoir cet effet. En plus de ce qu'elle a dit, je souligne que l'emploi des mots [TRADUCTION] «intention de résilier» plutôt que le mot [TRADUCTION] «résiliation» donne une description plus précise de la nature du préavis. Puisque la résiliation n'est pas immédiate, il ne serait pas très juste de le désigner comme un «préavis de résiliation». En réalité, le Conseil décide que le contrat sera résilié dans trente jours, d'où l'utilisation de l'expression [TRADUCTION] «l'intention de résilier le contrat dans trente jours».

I conclude that where the statute intended to create a right to be heard or to make representations, it was careful to say so. This is apparent in s. 113 and the provisions dealing with teachers' contracts. If the legislature intended to provide both a teacher and a director of education with a hearing before a Board of Reference or Review and a right to be heard by the Board, it is peculiar that it specified both these rights in the case of a teacher but only one, a more limited right of review, in the case of the director of education.

I further conclude that in the case of a director of education, the legislature left to agreement between the parties the matter of how the contract was to be terminated. Section 112, which provides for a period of notice, makes this subject to the terms of the contract. This conclusion is reinforced by the regulations. Section 21(4) of the Regulations provides as follows:

21.— . . .

(4) A director of education shall be engaged under a written contract which shall specify:

- (a) the yearly salary and other allowances;
- (b) the vacation entitlement;
- (c) the procedure for review of the terms of the contract;
- (d) such other terms and conditions of employment, including the procedure for termination of the contract by either party, as may be mutually agreed upon.

The contract is to specify the procedure for review of and termination of the contract. If a duty to provide procedural fairness exists in the case of these parties, it must be found in the provisions of the contract to which I now turn.

The relevant provisions of the contract are set out in the reasons of L'Heureux-Dubé J. but I reproduce them here for ease of reference:

2. The Board shall review this Agreement on or before the 31st day of May each year, provided this Agreement has not been otherwise terminated, with a view to the possibility of its revision. The Employee shall be entitled to make representations to the Board in

Je conclus que, lorsque le législateur veut accorder le droit d'être entendu et de présenter des arguments, il prend soin de le faire. Cela ressort clairement de l'art. 113 et des dispositions relatives aux contrats des enseignants. Si le législateur avait eu l'intention d'accorder aux enseignants et au directeur de l'enseignement une audition devant une commission de révision ou un conseil d'arbitrage et le droit d'être entendu par le conseil scolaire, il serait étrange qu'il ait mentionné ces deux droits pour les enseignants, mais un seul, un droit d'examen plus restreint, pour le directeur de l'enseignement.

Je conclus de plus que, dans le cas du directeur de l'enseignement, le législateur a laissé aux parties le soin de prévoir au contrat la façon dont celui-ci serait résilié. L'article 112 prescrit un délai de préavis, sous réserve toutefois des conditions du contrat. Le règlement renforce cette conclusion. Le paragraphe 21(4) du règlement est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 21.— . . .

(4) Un directeur de l'enseignement est embauché en vertu d'un contrat écrit stipulant:

- a) le salaire annuel et les autres bénéfices;
- b) les modalités d'acquisition des congés;
- c) la procédure de révision des conditions du contrat;
- d) les conditions de travail convenues par les parties, y compris la procédure à suivre par l'une ou l'autre partie pour la résiliation du contrat.

Le contrat doit préciser la procédure de révision des conditions du contrat et celle de sa résiliation. S'il existe une obligation d'équité procédurale, elle doit se trouver dans les dispositions du contrat que je vais maintenant examiner.

Les dispositions pertinentes du contrat sont exposées dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, mais je les reprends ici pour faciliter leur consultation:

[TRADUCTION]

2. Le Conseil examinera le présent contrat au plus tard le 31 mai de chaque année en vue de sa modification éventuelle, pourvu qu'il n'ait pas été résilié de quelque autre manière. Il est loisible à l'employé de soumettre des arguments au Conseil à ce sujet. À la suite de

this regard. Following the said review, the Board may elect to terminate this Agreement at the expiration thereof and shall notify the Employee of its decision in writing forthwith. If the Board makes no such election, this Agreement shall automatically be extended for a period of three (3) years from September 1, 1981, and the same procedure shall be followed on or before the 31st day of May of each year thereafter the intent being that unless so terminated, this Agreement shall, as and from September 1st of each year thereafter have three (3) years to run.

3. This Agreement, being the Employee's Contract of Employment with the Board, may be terminated by:

- (a) either party serving the other three months notice in writing;
- (b) at any time by mutual consent in writing by the parties;
- (c) the expiration of the Agreement; or
- (d) by resolution of the Board for reasons of just cause provided that the Employee shall be entitled to a fair hearing and investigation pursuant to Section 113 of The Education Act.

Paragraph 2 of the contract implements Regulation 21(4)(c) by providing a procedure for review. It specifically entitles the employee to make representations. Following the review, the employer may decide to terminate. The issue in this appeal is whether in those circumstances the contract requires that the employee be given a right to be heard, to make representations or otherwise accorded procedural fairness. The relevant provision is paragraph 3. Paragraph 3(a) responds to the power in s. 112 to amend the period of notice when termination is not for cause. Paragraphs (b) and (c) are not relevant. Paragraph 3(d) deals with termination for cause and specifically provides for a fair hearing and investigation in accordance with the Act. I can find no room for the implication of a duty to do anything under paragraph 3(a) other than give the notice. In the circumstances, reading in a duty of procedural fairness would be to rewrite the contract for the parties. This is something that the legislature left to them.

l'examen susmentionné, le Conseil peut choisir de mettre fin au contrat quand il vient à expiration et doit alors faire tenir à l'employé sans délai un avis de sa décision. Si le Conseil n'exerce pas un tel choix, le présent contrat est automatiquement reconduit pour une période de trois (3) ans à compter du 1^{er} septembre 1981, et, par la suite, la même procédure sera suivie annuellement au plus tard le 31 mai. Les parties conviennent que, sauf résiliation de la manière susmentionnée, le présent contrat restera en vigueur pendant trois (3) ans à compter du 1^{er} septembre de chaque année subséquente.

3. Le présent contrat, étant le contrat de travail intervenu entre l'employé et le Conseil, prend fin:

- a) si une partie donne à l'autre un préavis écrit de trois mois;
- b) à n'importe quel moment, si les deux parties y consentent par écrit;
- c) à son expiration; ou
- d) s'il est résilié pour un motif valable par une résolution du Conseil, pourvu que l'employé ait droit à une audition équitable et à la tenue d'une enquête conformément à l'article 113 de The Education Act.

L'article 2 du contrat reprend l'al. 21(4)c) du règlement en définissant la procédure d'examen. Il permet expressément à l'employé de soumettre des arguments. Après cet examen, l'employeur peut décider de résilier le contrat. La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si, dans ces circonstances, le contrat oblige à accorder à l'employé le droit d'être entendu, celui de soumettre des arguments ou encore, celui de bénéficier de l'équité procédurale. La disposition pertinente est l'art. 3. L'alinéa 3a) applique la possibilité prévue à l'art. 112 de modifier le délai de préavis quand le contrat n'est pas résilié pour un motif valable. Les alinéas b) et c) ne s'appliquent pas. L'alinéa 3d) vise la résiliation pour un motif valable et prescrit précisément la tenue d'une audition équitable et d'une enquête conformément à la Loi. Je ne vois pas comment l'al. 3a) pourrait comporter quelque autre obligation que celle de donner un préavis. Dans les circonstances présentes, considérer qu'il existe une obligation d'équité procédurale reviendrait à récrire le contrat pour les parties. C'est quelque chose que le législateur leur a laissé le soin de faire.

I would therefore dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gerrand, Mulatz, Regina.

Solicitor for the respondent: F. L. Dunbar, Regina.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gerrand, Mulatz, Regina.

Procureur de l'intimé: F. L. Dunbar, Regina.

Rudolf Wolff & Co. Ltd. and Noranda Inc.
Appellants

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Respondent

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General for Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: RUDOLF WOLFF & CO. v. CANADA

File No.: 20842.

1990: January 24; 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Action against Crown — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether the word “individual” in s. 15(1) includes the Crown — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Action against Crown — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes Charter right of equality before the law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

The appellants brought an action in the Supreme Court of Ontario against the Crown in right of Canada. The Crown replied with a motion to have the action dismissed on the ground that the Supreme Court of Ontario did not have jurisdiction to entertain it. The motions court judge found that s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and s. 7(1) of the *Crown Liability Act* conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court, rejected the appellants' argument that these

Rudolf Wolff & Co. Ltd. et Noranda Inc.
Appelantes

c.

a Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Intimée

et

**b Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec et le procureur
général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RUDOLF WOLFF & CO. c. CANADA

N° du greffe: 20842.

c 1990: 24 janvier; 1990: 29 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Poursuite contre la Couronne — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La Loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le terme «personne» à l'art. 15(1) comprend-il la Couronne? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Poursuite contre la Couronne — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité devant la loi prévu par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Les appelantes ont intenté une action en Cour suprême de l'Ontario contre la Couronne du chef du Canada. La Couronne a demandé par requête le rejet de l'action pour défaut de compétence de la Cour suprême de l'Ontario. Le juge des requêtes a conclu que les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* conféraient compétence exclusive à la Cour fédérale; il a rejeté l'argument des appelantes que ces dispositions

provisions contravened s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and dismissed the action. The Ontario Court of Appeal upheld the decision. This appeal is to determine whether s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and s. 7(1) of the *Crown Liability Act* contravene s. 15 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The impugned provisions of the *Federal Court Act* and *Crown Liability Act* do not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appellants have not shown that they have received unequal treatment. The Crown cannot be equated with an individual. The Crown represents the State, and constitutes the means by which the federal aspect of our Canadian society functions. It must represent the interests of all members of Canadian society in court claims brought against the Crown in right of Canada. The interests and obligations of the Crown are vastly different from those of private litigants making claims against the Federal Government. In the circumstances of this case, the Crown is simply not an individual with whom a comparison can be made to determine whether a s. 15(1) violation has occurred. Further, the appellants did not demonstrate that if any inequality existed it was discriminatory. The impugned legislation granting the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the Crown in right of Canada does not distinguish between classes of individuals on the basis of any of the grounds enumerated in s. 15(1). Individuals claiming relief against the Federal Crown are not a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15. Rather, they are a disparate group with the sole common interest of seeking to bring a claim against the Crown before a court.

Cases Cited

Applied: *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2).
Petition of Right Act, 1876, S.C. 1876, c. 27.
Petition of Right Act, Canada, 1875, S.C. 1875, c. 12.

portaient atteinte à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a rejeté l'action. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision. Le pourvoi a pour but de déterminer si les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* portent atteinte à l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions contestées de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ne portent pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelantes n'ont pas établi qu'elles ont subi un traitement inégal. La Couronne ne peut être comparée à une personne. La Couronne représente l'État et la dimension fédérale de notre société canadienne. Elle doit représenter l'intérêt de tous les membres de la société canadienne dans les recours exercés contre la Couronne du chef du Canada. Les droits et obligations de la Couronne sont très différents de ceux des particuliers qui intentent des actions contre le gouvernement fédéral. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Couronne n'est tout simplement pas une personne physique avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1). En outre, les appelantes n'ont pas démontré que l'inégalité, si elle existait, était discriminatoire. Les dispositions législatives contestées, qui confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive pour entendre des demandes contre la Couronne du chef du Canada, n'établissent pas de distinctions entre des catégories de personnes pour des motifs énumérés au par. 15(1). Les personnes qui intentent une action contre la Couronne fédérale ne sont pas un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15. Au contraire, elles forment un groupe disparate dont le seul intérêt commun est d'exercer une réclamation contre la Couronne devant un tribunal.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Acte des Pétitions de Droit, 1876, S.C. 1876, ch. 27.
Acte des Pétitions de Droit, Canada, 1875, S.C. 1875, ch. 12.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2).

Petitions of Right Act, 1860 (U.K.), 23 & 24 Vict., c. 34.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, rendered on March 7, 1988, affirming a decision of Henry J. (1987), 26 C.P.C. (2d) 166, granting a Crown motion to have the appellants' action dismissed. Appeal dismissed.

R. G. Slaght, Q.C., for the appellants.

T. B. Smith, Q.C., A. R. Pringle and Joseph de Pencier, for the respondent.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—The question raised on this appeal is whether the statutory provisions which confer exclusive jurisdiction on the Federal Court of Canada in all cases where claims are made against the Federal Government violate s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Ironically, the problem may be resolved for future cases by the provision of pending legislation which has received second reading.

Factual Background

The appellant, Rudolf Wolff & Co. Ltd., is a subsidiary of Noranda Inc. It carries on business as a metal commodities and futures broker. The Federal Government, respondent, was a member of the International Tin Council (ITC). This was an unincorporated association made up of 22 member states and the European Economic Community. It was established in 1956 and has been continued by the provisions of successive five-year International Tin Agreements. The relevant one was that dated July 1, 1982, the Sixth International Tin Agreement (ITA-6). Pursuant to the provisions of the Agreement ITA-6, the ITC partners agreed to finance a buffer stock of tin which was to be used

Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

Petitions of Right Act, 1860 (R.-U.), 23 & 24 Vict., ch. 34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 7 mars 1988, qui a confirmé la décision du juge Henry (1987), 26 C.P.C. (2d) 166, accueillant la requête de la Couronne en rejet de l'action des appelantes. Pourvoi rejeté.

R. G. Slaght, c.r., pour les appelantes.

T. B. Smith, c.r., A. R. Pringle et Joseph de Pencier, pour l'intimée.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—La question que soulève ce pourvoi est de savoir si les dispositions législatives qui confèrent à la Cour fédérale du Canada une compétence exclusive sur les réclamations exercées contre le gouvernement fédéral violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ironiquement, le problème sera peut-être résolu pour l'avenir par un projet de loi qui a déjà été adopté en deuxième lecture.

Les faits

L'appelante Rudolf Wolff & Co. Ltd. est une filiale de Noranda Inc. Elle fait affaire comme courtier en produits métallurgiques et en opérations à terme. Le gouvernement fédéral intimé était membre du Conseil international de l'étain (C.I.E.), une association non constituée en personne morale composée de 22 États membres et de la Communauté économique européenne. Le C.I.E. a été créé en 1956 et son mandat a été renouvelé successivement en vertu de dispositions des Accords internationaux sur l'étain, chacun d'une durée de cinq ans. C'est le sixième Accord international sur l'étain (AIE-6) en date du 1^{er} juillet 1982 qui nous concerne en l'espèce. Selon

by the Buffer Stock Manager (BSM), an agent of the ITC members, to support the world market price for tin.

In the course of his work, the BSM frequently bought and sold tin through the appellant Wolff. During the first few years of the Agreement ITA-6, the world price of tin was very low. The markedly reduced price had a disastrous effect upon the ITC which became insolvent by October of 1985. The appellants allege that they have suffered severe losses as a result of the mismanagement of the buffer stock by the BSM for whom it is said the respondent, the Federal Government and the other members of the ITC were responsible.

The appellants commenced an action in the Supreme Court of Ontario against the respondent, claiming damages from the respondent flowing from alleged tortious conduct, breach of contractual obligations and breach of fiduciary duty. The appellants brought their action in that court to preserve their right to bring claims in the same action against other prospective defendants.

The Crown brought a motion to have the action dismissed on the ground that the Supreme Court of Ontario did not have jurisdiction to entertain the action. The respondent argued that in claims of this nature exclusive jurisdiction was conferred upon the Federal Court of Canada by virtue of s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended (now R.S.C., 1985, c. F-7), and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-50, s. 15(1)). The appellants, on the other hand, contended that these sections of the *Federal Court Act* and the *Crown Liability Act* contravened s. 15(1) of the *Charter*.

The Courts Below

Henry J., the motions court judge, gave careful consideration to the motion. He ordered that the action be dismissed. In his view the provisions of

les dispositions de l'Accord AIE-6, les membres du C.I.E. ont convenu de financer un stock régulateur de l'étain que devait gérer l'administrateur du stock, comme mandataire des membres du C.I.E.,
 a pour maintenir le cours mondial de l'étain.

Dans l'exercice de ses fonctions, l'administrateur du stock a fréquemment acheté et vendu de l'étain par l'intermédiaire de l'appelante Wolff. Au cours des premières années qui ont suivi la conclusion de l'Accord AIE-6, le cours mondial de l'étain était très bas et a eu un effet désastreux sur le C.I.E. qui est devenu insolvable en octobre 1985. Les appelantes prétendent qu'elles ont subi des pertes importantes par suite de la mauvaise gestion du stock régulateur par l'administrateur dont on affirme que le gouvernement fédéral intimé et les autres membres du C.I.E. étaient responsables.

Les appelantes ont intenté une action contre l'intimée en Cour suprême de l'Ontario, réclamant des dommages-intérêts pour sa conduite préjudiciable et la violation de ses obligations contractuelles et de son devoir de fiduciaire. Les appelantes ont porté leur action devant cette cour pour sauvegarder leur droit de présenter d'autres réclamations dans la même action contre d'autres défendeurs éventuels.

La Couronne a demandé par requête le rejet de l'action, pour défaut de compétence de la Cour suprême de l'Ontario. L'intimée prétend que les réclamations de cette nature relèvent de la compétence exclusive conférée à la Cour fédérale du Canada par les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, et modifications (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7) et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, et modifications (maintenant *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50, par. 15(1)). D'autre part, les appelantes ont prétendu que ces articles de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Les décisions des juridictions inférieures

Le juge Henry, juge des requêtes, a attentivement examiné la requête. Il a ordonné que l'action soit rejetée. À son avis, les dispositions de la *Loi*

the *Federal Court Act* and the *Crown Liability Act* conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court. He dealt with the argument that provisions of those Acts contravened s. 15 of the *Charter* by stating that he was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351. In his view, that case determined that s. 15(1) of the *Charter* had no application to statutes which govern the relationship between the Crown and the subject in civil and criminal proceedings on the ground that the Crown is not an individual who can be compared with the subject for the purposes of s. 15 of the *Charter*.

The Court of Appeal upheld the decision of Henry J. and approved the reasons that he had given for his decision.

Do the Impugned Sections of the *Federal Court Act* and the *Crown Liability Act* Infringe the Provisions of s. 15 of the *Charter*?

The answer which must be given to the first constitutional question stated by the Chief Justice is, in my view, dispositive of the appeal. That question was framed in this way:

1. Are section 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, consistent with s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in so far as they confer exclusive jurisdiction in the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Historical Background of Actions Against the Crown

At common law there was no jurisdiction in the courts to hear an action against the Crown. The ability to bring such an action was derived solely from statute. It is unnecessary to delve too deeply into the history of these actions. It is sufficient to observe that in the United Kingdom the *Petitions of Right Act, 1860* (U.K.), 23 & 24 Vict., c. 34, provided a statutory basis for bringing actions against the Crown. In Canada, the *Petition of Right Act, Canada, 1875*, appears in the Statutes of Canada 1875, c. 12. That Act conferred juris-

sur la Cour fédérale et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* conféraient compétence exclusive à la Cour fédérale. Au sujet de l'argument que les dispositions de ces lois portent atteinte à l'art. 15 de la *Charte*, il a dit qu'il était lié par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351. À son avis, cet arrêt a décidé que le par. 15(1) de la *Charte* ne s'appliquait pas aux lois qui régissent les rapports entre la Couronne et les particuliers en matière civile et criminelle parce que la Couronne n'est pas une personne que l'on peut comparer à un particulier aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Henry et approuvé ses motifs.

Les articles contestés de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* portent-ils atteinte aux dispositions de l'art. 15 de la *Charte*?

À mon avis, la réponse qu'il faut apporter à la première question constitutionnelle formulée par le Juge en chef, règle le pourvoi. Voici comment la question a été formulée:

1. Les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, sont-ils compatibles avec l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive relativement à toutes les réclamations exercées contre la Couronne?

L'historique des recours contre la Couronne

En common law, les tribunaux n'avaient pas compétence pour entendre un recours en justice contre la Couronne. Le pouvoir d'intenter un tel recours provenait uniquement des lois. Il n'est pas nécessaire de faire une étude très approfondie de l'histoire de ces recours. Il suffit de souligner qu'au Royaume-Uni, la *Petitions of Right Act, 1860* (R.-U.), 23 & 24 Vict., ch. 34, a donné un fondement législatif aux recours exercés contre la Couronne. Au Canada, l'*Acte des Pétitions de Droit, Canada, 1875*, que l'on trouve dans les Statuts du

diction on provincial superior courts to hear cases against the Federal Government subject to the enactment of enabling legislation in the province. The *Petition of Right Act, Canada, 1875*, was repealed the following year by the *Petition of Right Act, 1876*, S.C. 1876, c. 27, which granted exclusive jurisdiction to the Exchequer Court to hear petitions of right against the Crown in right of Canada. There can be no doubt that without the passage of these provisions, no jurisdiction existed in any court to entertain an action claiming damages against the Crown in right of Canada.

It is beyond question that only the Parliament of Canada could enact statutes to provide that actions could be brought against the Crown in right of Canada. It is only that body which can legislate as to the court in which those claims can be brought. The impugned sections of the *Federal Court Act* were enacted in 1970. They made provision for the bringing of such actions exclusively in the Federal Court rather than the provincial superior courts. The impugned provisions do not seek to limit or restrict rights in any way, rather they confer rights which did not exist at common law and designate the court in which these rights may be exercised. That is the historical context in which the impugned sections of the Acts must be considered.

Application of s. 15 of the Charter

Section 15(1) of the *Charter* provides:

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

The manner in which a court must approach an alleged infringement of s. 15(1) was set forth by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. He made it clear, at p. 182, that one complaining of the violation of s. 15 "must show not only that he or she is not

Canada 1875, ch. 12, a donné compétence aux cours supérieures provinciales pour entendre les actions portées contre le gouvernement fédéral sous réserve de l'adoption d'une loi habilitante dans la province. L'*Acte des Pétitions de Droit, Canada, 1875*, fut abrogé l'année suivante par l'*Acte des Pétitions de Droit, 1876*, S.C. 1876, ch. 27, qui a conféré à la Cour de l'Échiquier la compétence exclusive pour entendre des pétitions de droit portées contre la Couronne du chef du Canada. Il ne fait pas de doute que, sans l'adoption de ces dispositions, aucune cour n'avait compétence pour entendre une action en dommages-intérêts exercée contre la Couronne du chef du Canada.

Il est incontestable que seul le Parlement du Canada pouvait édicter des lois autorisant l'exercice de recours en justice contre la Couronne du chef du Canada. Seul le Parlement peut légiférer pour décider de la cour devant laquelle ces demandes peuvent être portées. Les dispositions contestées de la *Loi sur la Cour fédérale* ont été édictées en 1970. Elles prévoient que ces actions sont portées exclusivement devant la Cour fédérale plutôt que devant les cours supérieures provinciales. Les dispositions contestées ne tentent pas de limiter ou de restreindre les droits de quelque façon que ce soit; elles confèrent plutôt des droits qui n'existaient pas en common law et désignent le tribunal devant lequel ils peuvent être exercés. C'est le contexte historique dans lequel les dispositions contestées des lois doivent être examinées.

L'application de l'art. 15 de la Charte

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prescrit:

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

Le juge McIntyre a établi la manière dont un tribunal doit aborder une allégation de violation du par. 15(1), dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Il a dit clairement, à la p. 182, que le plaignant qui invoque l'art. 15 «doit démontrer non seulement qu'il

receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.” The appellants have not been able to satisfy either of these requirements.

With respect to the issue of whether the appellants have received unequal treatment, it must be apparent that the Crown cannot be equated with an individual. The Crown represents the State. It constitutes the means by which the federal aspect of our Canadian society functions. It must represent the interests of all members of Canadian society in court claims brought against the Crown in right of Canada. The interests and obligations of the Crown are vastly different from those of private litigants making claims against the Federal Government.

Henry J., in my opinion, properly applied the decision in *R. v. Stoddart, supra*. I agree with the words of Tarnopolsky J.A., speaking for the court in that case, at pp. 362-63, where he stated:

The Crown is not an “individual” with whom a comparison can be made to determine a s. 15(1) violation.

... the Crown Attorney does not participate in a criminal trial as an “individual”. He participates as a representative of the Crown, which in turn represents the state, *i.e.* organized society. It will be recalled that the Oxford English Dictionary defines an “individual” as “a single human being”, in contra-distinction to “society”. Therefore, the accused, as an “individual”, cannot be compared with Crown counsel, as representative of our organized society, for the purpose of a s. 15(1) analysis.

This principle is equally applicable to the facts of this case and is sufficient to dispose of the issue. In the circumstances of the case at bar, the Crown is simply not an individual with whom a comparison can be made to determine whether a s. 15(1) violation has occurred.

It is not necessary for the purpose of this case to consider the further conclusions of Henry J. that the Crown can never be compared with individuals under s. 15(1) of the *Charter* in the context of any

ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. Les appelantes n'ont satisfait à aucune de ces exigences.

En ce qui concerne la question de savoir si les appelantes ont subi un traitement inégal, il doit être clair que la Couronne ne peut être comparée à une personne. La Couronne représente l'État. Elle est le moyen par lequel se manifeste la dimension fédérale de notre société canadienne. Elle doit représenter les intérêts de tous les membres de la société canadienne dans les recours en justice exercés contre la Couronne du chef du Canada. Les droits et obligations de la Couronne sont très différents de ceux des particuliers qui intentent des actions contre le gouvernement fédéral.

À mon avis, le juge Henry a correctement appliqué l'arrêt *R. v. Stoddart*, précité. Je souscris à ce que dit le juge Tarnopolsky au nom de la Cour d'appel dans cet arrêt, aux pp. 362 et 363:

[TRADUCTION] La Couronne n'est pas une «personne physique» avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a violation du par. 15(1).

... le procureur de la Couronne n'agit pas dans un procès criminel à titre de «personne physique». Il agit comme mandataire de la Couronne, laquelle représente à son tour l'État, c.-à-d. une société organisée. Il convient de rappeler que l'Oxford English Dictionary définit le terme «*individual*» comme «*a single human being*» [un être humain] par opposition à la «société». Par conséquent, l'accusé en tant que «personne physique» ou «*individual*» ne peut être comparé avec le procureur de la Couronne en tant que mandataire de notre société organisée, aux fins d'un examen fondé sur le par. 15(1).

Ce principe s'applique tout autant aux faits de l'espèce et permet de disposer du pourvoi. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Couronne n'est tout simplement pas une personne physique avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1).

Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent pourvoi d'examiner les autres conclusions du juge Henry, selon lesquelles la Couronne ne peut jamais être comparée avec des personnes en vertu du par.

statute governing the relationship between the Crown and the subject in civil proceedings. There could conceivably be instances in which the Crown's activities are indistinguishable from those of any other litigant engaged in a commercial activity. It might be that in those circumstances a s. 15(1) comparison would be just and appropriate, but that is a matter for consideration on another occasion.

Nevertheless, I am satisfied that in this case the Crown was acting clearly and exclusively in its governmental capacity as a member of the ITC. Indeed, it could not have been a member of that Council except as the Government of Canada. The purpose of the 22 States and the European Economic Community in acting together was not simply to buy and sell tin, but rather to support the market price of tin by buying tin on organized markets with the object of maintaining the price of tin above the defined floor price. The actions of the Crown in entering into this international agreement to support the price of an important Canadian export cannot be regarded as anything other than that of the Crown acting as the Government of Canada. In these circumstances there can be no question of inequality of treatment between the Crown and the appellants within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

Nor did the appellants demonstrate that if any inequality existed it was discriminatory. The impugned legislation granting the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the Crown in right of Canada does not distinguish between classes of individuals on the basis of any of the grounds enumerated in s. 15(1) nor on any analogous grounds. Certainly, it cannot be said that individuals claiming relief against the Federal Crown are in the words of Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, a "discrete and insular minority" or "a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15". Rather, they are a disparate group with the sole common interest of seeking to bring a claim against the Crown before a court.

15(1) de la *Charte* dans le contexte des lois régissant les rapports entre la Couronne et les particuliers en matière civile. On pourrait concevoir des cas où les activités de la Couronne ne pourraient être distinguées de celles d'une autre partie se livrant à des activités commerciales. Il se pourrait que, dans ces circonstances, une comparaison en vertu du par. 15(1) soit juste et appropriée, mais il conviendra de s'y arrêter à un autre moment.

Quoi qu'il en soit, je suis convaincu qu'en l'espèce, la Couronne agissait clairement et exclusivement en sa qualité de gouvernement comme membre du C.I.E. Elle ne pouvait d'ailleurs être membre du Conseil qu'en tant que gouvernement du Canada. Le but poursuivi par les 22 États et la Communauté économique européenne en agissant ensemble n'était pas simplement d'acheter et de vendre de l'étain, mais plutôt [TRADUCTION] «de soutenir le cours de l'étain en achetant sur les marchés organisés en vue de maintenir le cours de l'étain au-dessus du seuil minimal fixé». En adhérant à cet accord international conclu en vue de maintenir le prix d'un important produit d'exportation canadien, la Couronne ne peut être considérée autrement qu'agissant à titre de gouvernement du Canada. Dans ces circonstances, il ne peut être question d'inégalité de traitement entre la Couronne et les appelantes au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Les appelantes n'ont pas démontré non plus que l'inégalité, si elle existait, était discriminatoire. Les dispositions législatives contestées qui confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive pour entendre des demandes contre la Couronne du chef du Canada n'établissent pas de distinction entre des catégories de personnes pour des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues. On ne peut certainement pas affirmer que les personnes qui intentent une action contre la Couronne fédérale constituent, selon les propos du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, une «minorité discrète et isolée» ou «un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15». Au contraire, elles forment un groupe disparate dont le seul point commun est d'exercer une réclamation contre la Couronne devant un tribunal. Voir également le *Renvoi rela-*

See also *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922.

In my view, the impugned provisions of the *Federal Court Act* and *Crown Liability Act* do not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

In light of that conclusion, it is neither necessary nor advisable to deal with the submission of the respondent that a corporation has no standing to invoke s. 15 of the *Charter*. This issue may properly be left for future consideration. The sage advice of caution set forth by Estey J. in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, can well be applied on this issue. At page 383 he wrote:

The development of the *Charter*, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new *Charter* provisions, none should be undertaken.

Before leaving this matter, I must observe that I sympathize with the appellants who found themselves in a difficult position through no fault of their own. There is no doubt that the impugned provisions of the *Federal Court Act* and *Crown Liability Act* can create unnecessary hardships, delays, and additional unnecessary expense for litigants. Indeed, this has been recognized by Parliament which, on November 1, 1989, gave second reading to Bill C-38. That Bill would grant concurrent jurisdiction over claims against the Federal Crown to both the Federal Court and the provincial superior courts.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal but without costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Are s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, consistent with s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in so far

tif à la *Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922.

À mon avis, les dispositions contestées de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ne portent pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'examiner la prétention de l'intimée qu'une société n'a pas qualité pour invoquer l'art. 15 de la *Charte*. Cette question peut fort bien faire l'objet d'un débat ultérieur. La prudence à laquelle nous invite sagement le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, s'applique bien à l'espèce. Il a écrit, à la page 383:

L'évolution de la *Charte* dans notre droit constitutionnel doit nécessairement se faire avec prudence. Lorsque les questions soulevées n'exigent pas de commentaires sur ces nouvelles dispositions de la *Charte*, il vaut mieux ne pas en faire.

Avant de terminer, je dois signaler que j'éprouve de la sympathie pour les appelantes qui se sont trouvées dans une situation difficile sans aucune faute de leur part. Il ne fait pas de doute que les dispositions contestées de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* peuvent entraîner pour les parties des difficultés et des délais inutiles ainsi que des dépenses supplémentaires inutiles. En fait, le Parlement l'a reconnu lorsqu'il a adopté en deuxième lecture, le 1^{er} novembre 1989, le projet de loi C-38. Ce projet de loi reconnaîtrait la compétence concurrente de la Cour fédérale et des cours supérieures provinciales dans les actions exercées contre la Couronne fédérale.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais sans adjudication de dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, sont-ils compatibles avec l'art. 15 de la

as they confer exclusive jurisdiction in the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Answer: Yes.

2. If s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, or both, are inconsistent with s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Richard F. Taylor, Edmonton.

Charte canadienne des droits et libertés dans la mesure où ils confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive relativement à toutes les réclamations exercées contre la Couronne?

^a Réponse: Oui.

2. Si les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, ou l'un ou l'autre de ceux-ci, sont incompatibles avec l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constituent-ils une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

Pourvoi rejeté.

^d *Procureurs des appelantes: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Ottawa.

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Robert E. Charney, Toronto.*

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

^f *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Richard F. Taylor, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen in Right of Canada,
as represented by the Minister of Public
Works** *Appellant*

v.

**Dywidag Systems International, Canada
Limited, a body corporate** *Respondent*

and

**Zutphen Brothers Construction Limited, a
body corporate** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL,
CANADA LTD. v. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION
LTD.

File No.: 20333.

1990: January 24; 1990: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME
COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Charter of Rights — Life,
liberty and security of person — Defendant corporation
applying to add Crown as a third party to action
brought before the provincial superior court — Federal
legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal
Court in relation to all claims against Crown in right of
Canada — Whether federal legislation contravenes s. 7
of the Canadian Charter of Rights and Freedoms —
Whether corporation may invoke s. 7 of the Charter —
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s.
17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38,
s. 7(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
before the law — Defendant corporation applying to
add Crown as a third party to action brought before the
provincial superior court — Federal legislation confer-
ring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation
to all claims against Crown in right of Canada —
Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Federal*

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
représentée par le ministre des Travaux
publics** *Appelante*

a c.

**Dywidag Systems International, Canada
Limited, personne morale** *Intimée*

et

b

**Zutphen Brothers Construction Limited,
personne morale** *Intimée*

et

c **Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec et le procureur
général de l'Alberta** *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL,
CANADA LTD. c. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION
LTD.

N° du greffe: 20333.

1990: 24 janvier; 1990: 29 mars.

e

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

f EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie,
liberté et sécurité de la personne — La société défende-
resse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en
cause dans l'action intentée devant la cour supérieure
de la province — Loi fédérale conférant compétence
exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les
réclamations contre la Couronne du chef du Canada —
La loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la
Charte canadienne des droits et libertés? — Une société
peut-elle invoquer l'art. 7 de la Charte? — Loi sur la
Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1),
(2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C.
1970, ch. C-38, art. 7(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité
devant la loi — La société défenderesse demande
d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans
l'action intentée devant la cour supérieure de la pro-
vince — Loi fédérale conférant à la Cour fédérale
compétence exclusive relativement à toutes les réclama-
tions contre la Couronne du chef du Canada — La loi
fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte*

Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — *Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).*

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court — Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada — Whether federal legislation contravenes s. 7 or 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Zutphen brought an application in the Nova Scotia Supreme Court to add the Crown as a third party to the action commenced against it by Dywidag. The chambers judge rejected Zutphen's argument that s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, which give the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the Crown, violate ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and dismissed the application. The Court of Appeal set aside the decision, holding that the impugned legislative provisions infringed s. 15 of the *Charter* and that this violation could not be justified under s. 1 of the *Charter*. This appeal is to determine whether s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and s. 7(1) of the *Crown Liability Act* contravene ss. 7 and 15 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Section 7 of the *Charter* has no application in this case. A corporation cannot be deprived of life, liberty and security of the person and cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*.

With regard to s. 15(1) of the *Charter*, for the reasons expressed in *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, the impugned provisions of the legislation do not constitute discrimination.

Cases Cited

Followed: *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

^a *Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province — Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada — La loi fédérale porte-t-elle atteinte aux art. 7 ou 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).*

Zutphen a demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée par Dywidag. Le juge en chambre a rejeté l'argument de Zutphen selon lequel les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, qui confèrent à la Cour fédérale la compétence exclusive en matière de réclamation contre la Couronne, portent atteinte aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a rejeté la demande. La Cour d'appel a annulé la décision, a conclu que les dispositions législatives contestées portaient atteinte à l'art. 15 de la *Charte* et que cette violation ne pouvait être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le présent pourvoi a pour but de déterminer si les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* portent atteinte aux art. 7 et 15 de la *Charte*.

^g **Arrêt:** Le pourvoi est accueilli.

L'article 7 de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Une société ne peut pas être privée de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne et ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*.

En ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte*, selon les motifs prononcés dans l'arrêt *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, les dispositions contestées de la loi ne constituent pas de la discrimination.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêt mentionné:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1).

Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2).

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1987), 76 N.S.R. (2d) 398, 35 D.L.R. (4th) 433, 29 C.R.R. 6, 17 C.P.C. (2d) 149, reversing a decision of Richard J. (1986), 75 N.S.R. (2d) 187, 186 A.P.R. 187, dismissing an application to add the Crown as a third party. Appeal allowed.

T.B. Smith, Q.C., A.R. Pringle and Joseph de Pencier, for the appellant.

No one appeared for the respondent Dywidag Systems International, Canada Limited.

Elwin MacNeil, Q.C., A. Wayne MacKay and Edmond W. Chiasson, for the respondent Zutphen Brothers Construction Limited.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—This appeal was heard on the same day as that of *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695. Like *Wolff*, it raises the issue of the constitutionality of the legislative provisions that give the Federal Court of Canada exclusive jurisdiction over claims against the Crown. It must be resolved in the same manner as *Wolff* for the reasons expressed in that case.

Factual Background

In 1983, the Federal Crown contracted with Zutphen Brothers Construction Ltd. for the reconstruction of a dilapidated wharf in Glace Bay,

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2).

Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1987), 76 N.S.R. (2d) 398, 35 D.L.R. (4th) 433, 29 C.R.R. 6, 17 C.P.C. (2d) 149, qui a infirmé une décision du juge Richard (1986), 75 N.S.R. (2d) 187, 186 A.P.R. 187, qui a rejeté une demande visant à ajouter la Couronne à titre de mise en cause.
c Pourvoi accueilli.

T.B. Smith, c.r., A.R. Pringle et Joseph de Pencier, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Dywidag Systems International, Canada Limited.

Elwin MacNeil, c.r., A. Wayne MacKay et Edmond W. Chiasson, pour l'intimée Zutphen Brothers Construction Limited.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi a été entendu le même jour que le pourvoi *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695. Comme *Wolff*, il soulève la question de la constitutionnalité des dispositions législatives qui confèrent à la Cour fédérale du Canada la compétence exclusive en matière de réclamations contre la Couronne. Elle doit être tranchée de la même manière que dans *Wolff* pour les motifs qui y sont exprimés.

Les faits

En 1983, la Couronne fédérale a conclu un contrat avec Zutphen Brothers Construction Ltd. relativement à la reconstruction d'un quai délabré

Nova Scotia. Two weeks later, Zutphen entered into a subcontract with Dywidag Systems International, Canada Ltd. for the reconstruction of the wharf in accordance with the plans and specifications contained in the primary contract prepared by the Department of Public Works.

Disputes between the three parties soon arose. In 1985, Dywidag sued Zutphen in the Nova Scotia Supreme Court for losses it had incurred because of errors in the plans and specifications provided by Zutphen. When Zutphen defended itself by claiming that any errors in plans and specifications were caused by the Crown, Dywidag commenced a separate action in the Federal Court of Canada against the Crown. The Crown then notified Zutphen that it would claim against it for any losses it incurred as a result of the Federal Court action.

To avoid a multiplicity of actions, Zutphen brought an application to the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, to add the Crown as a third party to the action commenced against it by Dywidag. Zutphen argued that s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended (now R.S.C., 1985, c. F-7), and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-50, s. 15(1)) violate ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Richard J., sitting in chambers, dismissed the application. Zutphen appealed to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division. The appeal was allowed and leave was granted to add the Crown as a third party.

Jones J.A., writing for the Appeal Division, rejected Zutphen's argument based on s. 7 of the *Charter*, but held that the impugned legislative provisions infringed s. 15 of the *Charter*. Citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, he held that a corporation was entitled to challenge the constitutionality of the *Federal Court Act* and the *Crown Liability Act* on the grounds that they

à Glace Bay, en Nouvelle-Écosse. Deux semaines plus tard, Zutphen a conclu un contrat de sous-traitance avec Dywidag Systems International, Canada Ltd. pour la reconstruction du quai, conformément aux plans et devis contenus dans le contrat principal préparé par le ministère des Travaux publics.

Peu après, des différends ont surgi entre les trois parties. En 1985, Dywidag a poursuivi Zutphen devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour des pertes subies à la suite d'erreurs dans les plans et devis fournis par Zutphen. Lorsque Zutphen s'est défendue en faisant valoir que la Couronne était responsable des erreurs dans les plans et devis, Dywidag a intenté une action distincte contre la Couronne devant la Cour fédérale du Canada. La Couronne a alors avisé Zutphen qu'elle réclamerait contre elle les pertes qu'elle pourrait subir par suite de l'action intentée en Cour fédérale.

Afin d'éviter la multiplicité des actions, Zutphen a demandé à la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée par Dywidag. Zutphen a soutenu que les par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, et modifications (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7) et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, et modifications (maintenant *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50, par. 15(1)) portaient atteinte aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Richard, siégeant en chambre, a rejeté la demande. Zutphen a interjeté appel devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. L'appel a été accueilli et l'adjonction de la Couronne comme mise en cause a été autorisée.

Le juge Jones, au nom de la Division d'appel, a rejeté l'argument de Zutphen fondé sur l'art. 7 de la *Charte* mais a conclu que les dispositions législatives contestées portaient atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, il a conclu qu'une société avait le droit de contester la constitutionnalité de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur la*

contravened s. 15 of the *Charter*. He held that the impugned provisions of these Acts violated s. 15(1) because they placed the Crown in a preferred position compared to the other parties. Finally, he held that this violation could not be justified under s. 1 of the *Charter* since the Crown had not proven that exclusive Federal Court jurisdiction was either necessary in this case or that it was related to concerns that were pressing and substantial.

Applicability of s. 7 of the *Charter*

There can now be no doubt that a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the majority of this Court held that a corporation cannot be deprived of life, liberty and security of the person and cannot therefore avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. At page 1004 it was stated:

... it appears to us that [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

It is true that there is an exception to this general principle that was established in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, where it was held that "[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid" (pp. 313-14). Here no penal proceedings are pending and the exception is obviously not applicable.

Section 15 of the *Charter*

With regard to s. 15(1) of the *Charter*, for the reasons expressed in *Wolff*, the impugned provi-

responsabilité de la Couronne sur le fondement qu'elles portaient atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. Il a conclu que les dispositions contestées de ces lois violaient le par. 15(1) parce qu'elles plaçaient la Couronne dans une situation privilégiée par rapport aux autres parties. Finalement, il a conclu que cette violation ne pouvait être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* étant donné que la Couronne n'avait pas démontré que la compétence exclusive de la Cour fédérale était nécessaire dans ce cas ni qu'elle se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles.

L'applicabilité de l'art. 7 de la *Charte*

On ne peut plus douter maintenant qu'une société ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour à la majorité a conclu qu'une société ne peut être privée de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne et par conséquent ne peut se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. À la page 1004, il est déclaré:

... il nous semble que [l'art. 7] avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains.

Il est vrai qu'il existe une exception à ce principe général qui a été établie dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, précité, où la Cour a conclu que «[t]out accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle» (pp. 313 et 314). En l'espèce, il n'y pas de poursuite pénale et de toute évidence l'exception ne s'applique pas.

L'article 15 de la *Charte*

En ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte*, selon les motifs prononcés dans l'arrêt *Wolff*, les

sions of the legislation do not constitute discrimination.

Disposition

I would allow the appeal but in the circumstances without costs. The constitutional questions should be answered as follows:

1. Are s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, consistent with ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in so far as they confer exclusive jurisdiction in the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Answer: Yes.

2. If s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, are not rendered void by virtue of their inconsistency with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they none the less inoperative in the particular facts of this case in so far as they confer exclusive jurisdiction on the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Answer: This question need not be answered.

3. If s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended, or both, are inconsistent either with s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

Appeal allowed.

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

dispositions contestées de la loi ne constituent pas de la discrimination.

Dispositif

^a Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi mais, dans les circonstances, sans dépens. Il convient de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

- ^b 1. Les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, sont-ils compatibles avec les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive relativement à toutes les réclamations adressées contre la Couronne?

^d Réponse: Oui.

- ^e 2. Si les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, ne sont pas rendus nuls pour cause d'incompatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils néanmoins inopérants en ce qui a trait aux faits particuliers de l'espèce dans la mesure où ils confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive relativement à toutes les réclamations adressées contre la Couronne?

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

- ^h 3. Si les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 et ses modifications, et le par. 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 et ses modifications, ou l'un ou l'autre de ceux-ci, sont incompatibles avec l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constituent-ils une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

Pourvoi accueilli.

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

Solicitors for the respondent Zutphen Brothers Construction Limited: Doucet MacNeil Chiasson, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Québec.

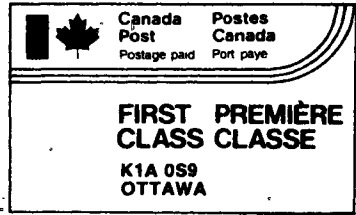
Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Richard F. Taylor, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Zutphen Brothers Construction Limited: Doucet MacNeil Chiasson, Halifax.

a Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Robert E. Charney, Toronto.

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

b Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Richard F. Taylor, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1990 Vol. 1

4^e cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 713-900

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 713-900

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are reminded that the *Rules of the Supreme Court of Canada* do not allow an appellant to file a factum in reply to a respondent's factum. Similarly, an appellant by cross-appeal may not file a factum in reply to a factum of a respondent to the cross-appeal.

If counsel are of the view that special circumstances exist, making necessary the filing of a reply, then an application for leave to file a reply may be made to a Judge pursuant to Rule 4.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de noter que les *Règles de la Cour suprême du Canada* n'autorisent pas l'appelant à produire un mémoire en réponse au mémoire de l'intimé. De la même manière, l'appelant dans un pourvoi incident ne peut produire de mémoire en réponse au mémoire de l'intimé dans ce pourvoi incident.

S'il estime que des circonstances particulières exigent la production d'une réponse, un avocat peut demander à un juge, en vertu de l'article 4 des Règles, l'autorisation de produire une telle réponse.

ANNE ROLAND

DEPUTY REGISTRAR

REGISTRAIRE ADJOINT

JUNE 1990

JUIN 1990

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note of the following procedure with respect to applications for leave to intervene under Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*.

Upon the expiry of the time limit for applying for leave to intervene prescribed by Rule 18(2), the Registrar will fix a date for the hearing of all applications for intervention which have been filed within the prescribed time limit. These applications will then be heard together by a judge as provided for in the Rules.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de prendre note de la procédure suivante relative aux demandes d'intervention en vertu de l'article 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.

À l'expiration du délai prévu au paragraphe 18(2) pour demander l'autorisation d'intervenir, le registraire fixe une date pour l'audition de toutes les demandes d'intervention produites dans le délai prescrit. Ces demandes sont alors entendues ensemble par un juge, selon les dispositions des Règles.

ANNE ROLAND

DEPUTY REGISTRAR

JUNE 1990

REGISTRAIRE ADJOINT

JUIN 1990

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co. 814

Insurance (maritime) — Insured perils — Perils of the sea — Vessel sinking at dockside — Sinking due to failure to close valve and due to corrosion of cap screws — Whether or not loss proximately caused by "peril of the sea" — Whether or not accident fortuitous — Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, c. 203, s. 56.

Nichols v. American Home Assurance Co. 801

Insurance — Liability insurance — Duty to defend — Action against insured alleging fraud — Policy not applying to fraudulent acts — Whether insurer under a duty to defend insured — Whether obligation to defend governed by pleadings or by facts as they emerge at trial.

Quebec (Attorney General) v. Publications Photo-Police Inc. 851

Criminal law — Contempt of court — Failure to comply with order restricting publication — Jurisdiction of Superior Court.

R. v. B. (C.R.) 717

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Sexual offences — Accused convicted of sexual offences against his natural daughter — Whether evidence of

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co. 814

Assurance (maritime) — Risques assurés — Périls de la mer — Naufrage d'un navire au mouillage — Naufrage causé par l'omission de fermer une vanne et par la corrosion de vis à chepeau — La perte a-t-elle pour cause immédiate un «péril de la mer»? — L'accident était-il fortuit? — Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 203, art. 56.

Nichols c. American Home Assurance Co. 801

Assurance — Assurance responsabilité — Obligation de défendre — Action pour fraude contre un assuré — Police ne s'appliquant pas aux actes frauduleux — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré? — L'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès?

Québec (Procureur général) c. Publications Photo-Police Inc. 851

Droit criminel — Outrage au tribunal — Transgression d'une ordonnance de non-publication — Compétence de la Cour supérieure.

R. c. B. (C.R.) 717

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Recevabilité — Infractions d'ordre sexuel — Accusé déclaré coupable

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

alleged prior acts of sexual misconduct by the accused with the daughter of his *common law* wife should have been admitted.

R. v. Bolianatz 847

Criminal law — Evidence — Proof beyond a reasonable doubt — Accused identified “unequivocally” by victim — Trial judge not left in state of doubt by evidence of victim identifying the accused — Adverse inference not drawn by accused’s failure to call alibi witnesses.

R. v. Greffe 755

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Alleged violations of right to counsel and of right to freedom from unreasonable search and seizure — Accused searched at customs for illegal drugs — Accused then arrested for outstanding traffic warrants and rectal examination conducted — Heroin found in anal cavity and accused charged with importing heroin — Whether or not right to counsel and right to freedom from unreasonable search and seizure infringed — If so, whether or not real evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

R. v. Lavallee 852

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge’s charge to the jury with respect to expert evidence adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2)(a), (b).

Criminal law — Battered women — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge’s charge to the jury with respect to expert evidence adequate.

R. v. Suren 849

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge failed to properly instruct the jury on the principle of reasonable doubt.

R. v. Thomas 713

Criminal law — Appeal to Supreme Court of Canada — Murder — Accused’s conviction under s. 213(a) of Criminal Code upheld by Court of Appeal — Supreme Court of Canada’s decision in *Vaillancourt* striking down s. 213(d) of the Code rendered ten months after Court of Appeal’s decision — Accused seeking to raise in Supreme Court the invalidity of s. 213(a) of the Code — Accused’s applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal to Supreme Court made almost three years after Court of Appeal’s decision — Applications dismissed — Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ble d’infractions d’ordre sexuel contre sa fille naturelle — La preuve d’actes antérieurs d’inconduite sexuelle reprochés à l’accusé avec la fille de sa conjointe de fait devait-elle être admise?

R. c. Bolianatz 847

Droit criminel — Preuve — Preuve hors de tout doute raisonnable — Accusé identifié «sans équivoque» par la victime — Le juge du procès n’était pas laissé dans le doute par la preuve de la victime identifiant l’accusé — Il n’a pas été tiré de conclusion défavorable du fait que l’accusé n’a pas cité de témoins pouvant fournir un alibi.

R. c. Greffe 755

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l’administration de la justice — Allégations de violation du droit à l’assistance d’un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Fouille de l’accusé aux douanes à la recherche de drogues illégales — Accusé alors arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et soumis à un examen rectal — Découverte d’héroïne dans la cavité anale de l’accusé qui a été accusé d’importation d’héroïne — Y a-t-il eu violation du droit à l’assistance d’un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l’affirmative, y a-t-il lieu d’écarter les éléments de preuve matérielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

R. c. Lavallee 852

Preuve — Admissibilité — Témoignage d’expert — Femme battue qui, craignant d’être attaquée et même d’être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d’une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d’expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d’expert? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2)a), b).

Droit criminel — Femmes battues — Femme battue qui, craignant d’être attaquée et même d’être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d’une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d’expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d’expert?

R. c. Suren 849

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il omis de donner des directives appropriées au jury sur le principe du doute raisonnable?

R. c. Thomas 713

Droit criminel — Pourvoi à la Cour suprême du Canada — Meurtre — Déclaration de culpabilité de l’accusé en vertu de l’art. 213a) du Code criminel maintenue par la Cour d’appel —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

within prescribed time — Delay not adequately explained — Accused's case no longer in judicial system — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(b) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 59(1).

Practice — Supreme Court of Canada — Applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal — Accused's applications to Supreme Court of Canada made almost three years after Court of Appeal affirmed accused's conviction — Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court within prescribed time — Delay not adequately explained — Accused's case no longer in judicial system — Applications dismissed.

R. v. Wallen 827

Criminal law — First degree murder — Planning and deliberation — Intoxication — Instructions to jury — Trial judge not pointing out to jury that planning and deliberation may be negated by lesser degree of drunkenness than that required to negative intent to commit murder — Whether trial judge's charge sufficient as regards effect of accused's intoxication on planning and deliberation.

Criminal law — Jury — Deliberation — Request by jury to have written explanation of what constitutes first and second degree murder — Whether trial judge erred in declining that request.

SOMMAIRE (Fin)

Annulation de l'art. 213d) du Code par l'arrêt *Vaillancourt* prononcé par la Cour suprême du Canada dix mois après l'arrêt de la Cour d'appel — Accusé cherchant à invoquer en Cour suprême l'invalidité de l'art. 213a) du Code — Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême présentées par l'accusé près de trois ans après l'arrêt de la Cour d'appel — Requêtes rejetées — Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir à la Cour suprême dans les délais prescrits — Explication insuffisante du retard — L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)b) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 59(1).

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi — Requêtes présentées à la Cour suprême du Canada par l'accusé près de trois ans après la confirmation de sa déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir devant la Cour suprême dans les délais prescrits — Explication insuffisante du retard — L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours — Requêtes rejetées.

R. c. Wallen 827

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Préméditation — Ivresse — Exposé au jury — Omission du juge du procès de signaler au jury qu'un degré d'ivresse moindre que celui requis pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre peut neutraliser la préméditation — L'exposé du juge au jury relativement aux conséquences de l'ivresse sur la préméditation était-il adéquat?

Droit criminel — Jury — Délibérations — Demande par le jury d'explications écrites sur ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'accédant pas à cette demande?

Erik James Thomas *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMAS

File No.: 21758.

1990: March 19; 1990: April 5.

Present: Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.

APPLICATIONS FOR AN EXTENSION OF TIME AND
FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeal to Supreme Court of Canada — Murder — Accused's conviction under s. 213(a) of Criminal Code upheld by Court of Appeal — Supreme Court of Canada's decision in Vaillancourt striking down s. 213(d) of the Code rendered ten months after Court of Appeal's decision — Accused seeking to raise in Supreme Court the invalidity of s. 213(a) of the Code — Accused's applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal to Supreme Court made almost three years after Court of Appeal's decision — Applications dismissed — Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court within prescribed time — Delay not adequately explained — Accused's case no longer in judicial system — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(b) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 59(1).

Practice — Supreme Court of Canada — Applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal — Accused's applications to Supreme Court of Canada made almost three years after Court of Appeal affirmed accused's conviction — Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court within prescribed time — Delay not adequately explained — Accused's case no longer in judicial system — Applications dismissed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(a) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 13; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 15], 618(1)(b).

Erik James Thomas *Requérant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. THOMAS

N° du greffe: 21758.

1990: 19 mars; 1990: 5 avril.

^b Présents: Les juges Wilson, Sopinka et McLachlin.REQUÊTES EN PROROGATION DE DÉLAI ET EN
AUTORISATION DE POURVOI

Droit criminel — Pourvoi à la Cour suprême du Canada — Meurtre — Déclaration de culpabilité de l'accusé en vertu de l'art. 213a) du Code criminel maintenue par la Cour d'appel — Annulation de l'art. 213d) du Code par l'arrêt Vaillancourt prononcé par la Cour d'appel — Accusé cherchant à invoquer en Cour suprême l'invalidité de l'art. 213a) du Code — Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême présentées par l'accusé près de trois ans après l'arrêt de la Cour d'appel — Requetes rejetées — Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir à la Cour suprême dans les délais prescrits — Explication insuffisante du retard — L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(b) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 59(1).

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi — Requetes présentées à la Cour suprême du Canada par l'accusé près de trois ans après la confirmation de sa déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir devant la Cour suprême dans les délais prescrits — Explication insuffisante du retard — L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours — Requetes rejetées.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(b) [abr. & rempl. ch. 34 (3^e supp.), art. 10].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(b) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 10].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 59(1) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 6].

APPLICATIONS for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. Applications dismissed.

William Roe, for the applicant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an application for (1) an extension of time pursuant to s. 59(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, and if granted, (2) leave to appeal pursuant to s. 691(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The applicant was convicted of second degree murder in 1984. The trial judge had instructed the jury on, *inter alia*, the operation of ss. 21(2) and 213(a) (now s. 230(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The applicant appealed to the Court of Appeal of British Columbia and while his appeal was pending, the appeal in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, had been argued and reserved. The applicant's appeal was heard by the British Columbia Court of Appeal on January 26, 1987 and dismissed the same day: (1987), 1 W.C.B. (2d) 270. No constitutional issue was raised in the appeal which was limited to a complaint with respect to expert evidence.

The *Vaillancourt* case was argued on December 10, 1986 and released December 3, 1987 striking down then s. 213(d) of the *Criminal Code* (now s. 230(d)) on the basis that to constitute the charge of murder, at least objective foreseeability of the death of the victim was required in order to conform with the principles of fundamental justice.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213a [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 13; abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 15], 618(1)b).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 59(1) [abr. & rempl. ch. 34 (3^e supp.), art. 6].

REQUÊTE en prorogation du délai pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada. Requêtes rejetées.

William Roe, pour le requérant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête en vue d'obtenir (1) une prorogation de délai conformément au par. 59(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, et, si la prorogation est accordée, (2) une autorisation de pourvoi conformément à l'al. 691(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Le requérant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en 1984. Le juge du procès avait notamment expliqué dans ses directives au jury le fonctionnement du par. 21(2) et de l'al. 213a) (maintenant l'al. 230a)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le requérant a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et alors que son appel était en instance le pourvoi *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, avait été entendu et mis en délibéré. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a entendu l'appel du requérant le 26 janvier 1987 et l'a rejeté le même jour: (1987), 1 W.C.B. (2d) 270. Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée lors de l'appel qui portait seulement sur une plainte relative à la preuve d'expert.

Le pourvoi *Vaillancourt* a été entendu le 10 décembre 1986 et l'arrêt, rendu le 3 décembre 1987, a annulé ce qui constituait alors l'al. 213d) (maintenant l'al. 230d)) du *Code criminel* et statué que pour une déclaration de culpabilité de meurtre il faut au moins établir la prévisibilité objective du décès de la victime, pour respecter les principes de justice fondamentale.

At the time the applicant's appeal was dismissed, s. 618(1)(b) (now s. 691(1)(b)) of the *Criminal Code* provided that an application for leave must be made within "twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow." His Notice of Application, dated December 29, 1989, is thus nearly three years beyond the prescribed time. The applicant swore an affidavit, submitted with his application, to account for the delay. It included the following assertions: he believes himself to have been wrongly convicted, and has sought throughout to indicate his innocence; at the time of his appeal he was not aware, nor does he believe his lawyer to have been aware, of the pending decision in *R. v. Vaillancourt*; after his appeal was dismissed, his lawyer contacted him, and he requested that his lawyer send the Court of Appeal's oral reasons; he was aware that the Supreme Court of Canada heard appeals, but was ignorant of the correct procedures for applying for leave; this ignorance and difficulties in obtaining legal aid funding account for his not applying for leave until December 1989. Apart from the applicant's belief that he was wrongly convicted, the evidence discloses no intention to appeal within the prescribed time. He deposes he was aware that the Supreme Court heard appeals, but does not appear to have raised the possibility with his lawyer.

The appropriate test that applies to an appellant who seeks to raise the invalidity of a law under which he or she was convicted on grounds arising out of a subsequent decision of this Court is indicated in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246. In that case, the Court wrote, at p. 257:

The appropriate test is whether or not the accused is still in the judicial system. As expressed in the Crown's factum, this test affords a means of striking a balance between the "wholly impractical dream of providing perfect justice to *all* those convicted under the overruled authority and the practical necessity of having some finality in the criminal process".

À l'époque où l'appel du requérant a été rejeté, l'al. 618(1)b) (maintenant l'al. 691(1)b)) du *Code criminel* prévoyait qu'une demande d'autorisation d'appel devait être présentée dans un délai de «vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales». Son avis de demande d'autorisation en date du 29 décembre 1989 est donc présenté près de trois ans après le délai prescrit. Dans un affidavit au soutien de sa requête, le requérant prétend justifier le retard. L'affidavit comprend les affirmations suivantes: il croit avoir été déclaré coupable à tort et a toujours tenté d'établir son innocence; au moment de l'appel, il ne savait pas, et croit que son avocat ne savait pas non plus, que le pourvoi *R. c. Vaillancourt* était en instance; après le rejet de son appel, son avocat l'a contacté et le requérant lui a demandé d'envoyer les motifs oraux de la Cour d'appel; il savait que la Cour suprême du Canada entendait des pourvois, mais ne connaissait pas la procédure appropriée pour demander une autorisation de pourvoi; cette ignorance et les difficultés à obtenir de l'aide juridique expliquent qu'il n'a pu présenter de requête en autorisation de pourvoi avant décembre 1989. Sous réserve de la croyance du requérant qu'il a été déclaré coupable à tort, la preuve ne révèle aucune intention d'interjeter appel dans le délai prescrit. Il affirme qu'il savait que la Cour suprême entendait des pourvois mais ne semble pas en avoir discuté avec son avocat.

Le critère approprié qui s'applique lorsqu'un appelant tente de soulever l'invalidité d'une règle de droit en vertu de laquelle il a été déclaré coupable en invoquant des moyens qui découlent d'un arrêt ultérieur de notre Cour est formulé dans l'arrêt *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246. Dans cet arrêt, la Cour a écrit, à la p. 257:

Le critère qu'il faut appliquer est de savoir si l'affaire de l'accusé est toujours en cours. Comme le dit le mémoire du ministère public, ce critère permet d'établir un équilibre entre [TRADUCTION] «le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à *tous* ceux qui ont été déclarés coupables en vertu du précédent rejeté et la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle».

If the appellant wishes to raise the invalidity of ss. 213(a) and 21(2) of the *Criminal Code*, he must meet that test. To be in the judicial system one of the following must apply:

1. an appeal has been launched to this Court;
2. an application for leave has been made within the time; or
3. an application for an extension of time is granted based on the criteria that normally apply in such cases.

In a case in which the applicant alleges that he or she was convicted under a provision which has since been declared invalid, he or she should not be placed in a worse position than any other applicant. On the other hand, since we cannot do perfect justice, the applicant should not artificially be brought into the system.

In the circumstances of this case, applying conventional principles, an extension of time should not be granted because:

- (a) there was no intention established to appeal within the time; and
- (b) the delay has not been adequately explained.

Accordingly, the application for an extension of time is dismissed. The application for leave to appeal which is dependent on an extension of time is also dismissed.

Applications dismissed.

Solicitors for the applicant: Roe & Olson, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Si l'appelant veut soulever l'invalidité de l'al. 213(a) et du par. 21(2) du *Code criminel*, il doit satisfaire à ce critère. Pour que l'affaire soit en cours, l'appelant doit se trouver dans l'une des situations suivantes:

1. un pourvoi a été porté devant notre Cour;
2. une requête en autorisation de pourvoi a été présentée dans le délai;
3. une requête en prorogation de délai a été accordée selon des critères qui s'appliquent normalement dans ces cas.

Un requérant qui prétend avoir été déclaré coupable en vertu d'une disposition, qui a été déclarée invalide depuis, ne devrait pas se trouver dans une situation pire que celle d'un autre requérant. Par ailleurs, vu la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle, il n'y a pas lieu de considérer artificiellement que l'affaire du requérant est toujours en cours.

Compte tenu des circonstances de cette affaire et conformément aux principes ordinaires, la prorogation de délai ne devrait pas être accordée parce que:

- a) le requérant n'a pas établi qu'il avait l'intention d'interjeter appel dans le délai;
- b) le requérant n'a pas expliqué adéquatement le retard.

Par conséquent, la requête en prorogation de délai est rejetée. La requête en autorisation de pourvoi qui dépend de la prorogation de délai est également rejetée.

Requêtes rejetées.

Procureurs pour le requérant: Roe & Olson, Saskatoon.

Procureur pour l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

C.R.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

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

File No.: 20704.

1989: October 30; 1990: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Sexual offences — Accused convicted of sexual offences against his natural daughter — Whether evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the accused with the daughter of his common law wife should have been admitted.

The accused was charged with sexual offences against his natural daughter, the complainant, who was in his custody subsequent to the death of her mother. At trial, the issue was not who had committed the offences but whether the complainant should be believed. The complainant testified that the acts of sexual misconduct by the accused began in 1981 when she was 11 years old and continued for almost two years. According to her testimony, the acts occurred two or three times a week, progressing from fondling to oral sex, sexual intercourse and buggery. On occasion, she and the accused urinated on each other. To support her testimony, the Crown sought to introduce evidence that in 1975 the accused had had sexual relations with a 15-year-old girl, M.H.S., the daughter of his common law wife, with whom he had also enjoyed a father-daughter relationship. M.H.S., who was at the time already sexually active, testified that within a year of living in their home, the accused began making sexual advances towards her. It started with fondling and, ultimately, the accused had intercourse with her five or six times. In addition, oral sex and masturbation occurred. In his ruling on the *voir dire*, the trial judge set out the proper test for the reception of similar fact evidence but later stated that the admissibility of M.H.S.'s testimony depended on "whether the similarities are sufficient to show that the accused had common characteristics in the methods he used in the sexual acts with [the complainant and M.H.S.] and that it is likely that they are one and the same man". He admitted the evidence and, at the end of the trial, convicted the accused. The majority of the

C.R.B. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. B. (C.R.)

N° du greffe: 20704.

1989: 30 octobre; 1990: 12 avril.

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

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

^c *Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Recevabilité — Infractions d'ordre sexuel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel contre sa fille naturelle — La preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle reprochés à l'accusé avec la fille de sa conjointe de fait devait-elle être admise?*

L'appellant est accusé d'infractions d'ordre sexuel contre sa fille naturelle, la plaignante, dont il avait la garde à la suite du décès de sa mère. Au procès, la question n'était pas de savoir qui avait commis les infractions mais s'il fallait croire la plaignante. La plaignante a témoigné que les actes d'inconduite sexuelle par l'accusé ont commencé en 1981 alors qu'elle était âgée de 11 ans et se sont poursuivis pendant près de deux ans. Selon son témoignage, les actes avaient lieu deux ou trois fois par semaine, allant des caresses à la fellation, au cunnilinctus, aux rapports sexuels et à la sodomie. À une occasion, la plaignante et l'accusé ont uriné l'un sur l'autre. À l'appui de son témoignage, le ministère public a tenté de produire la preuve qu'en 1975 l'accusé avait eu des relations sexuelles avec une fille de 15 ans, M.H.S., la fille de sa conjointe de fait, avec qui il avait également eu une relation père-fille. M.H.S., qui à l'époque était déjà active sexuellement, a témoigné que moins d'un an après avoir déménagé avec eux, l'accusé a commencé à lui faire des propositions sexuelles. Il a d'abord commencé à la caresser et, en fin de compte, ils ont eu des rapports sexuels à cinq ou six reprises. De plus, il y a eu des actes de fellation, de cunnilinctus et de masturbation. Dans sa décision sur le voir-dire, le juge du procès a formulé le bon critère de la recevabilité d'une preuve de faits similaires, mais il a affirmé plus loin que la recevabilité du témoignage de M.H.S. dépendait de la question «de savoir si les similitudes sont suffisantes pour établir l'existence d'éléments communs dans les méthodes utilisées par l'accusé dans ses rapports sexuels avec [la plaignante et M.H.S.] et

Court of Appeal held that the similar fact evidence was properly admitted and upheld the conviction. This appeal is to determine whether the Court of Appeal was correct in holding that the evidence was admissible, notwithstanding the trial judge's reference to identity and the distinctions relied on by the accused between the case alleged against him and the similar fact evidence.

Held (Lamer and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Evidence which is adduced solely to show disposition or propensity is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to the general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. Where, as in this case, the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high to permit its reception. The trial judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, for the purpose of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

In this case, the trial judge did not err in admitting the evidence of M.H.S. He set out the proper test for the reception of similar fact evidence and clearly proceeded on the assumption that the evidence was *prima facie* inadmissible. The trial judge's concern with the degree of similarity between the two stories was proper. While his comment suggesting that the similar fact evidence related to the identity of the perpetrator, which was not in issue, was in error, his reasons for convicting show that he was not at all concerned with identity, and considered the central issue of the case to be whether the complainant should be believed. The fact that a trial judge misstates himself at one point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence. In the context of the ruling as a whole and all the circumstances, the error was not material and did not undermine the validity of the trial judge's decision. In general, however, a trial judge should, in cases involving highly prejudicial similar fact

qu'il est probable qu'il s'agit du même homme». Il a admis la preuve et, à la fin du procès, il a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que la preuve de faits similaires avait correctement été admise et a confirmé la déclaration de culpabilité. La question à trancher dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a correctement conclu que la preuve était admissible, malgré la mention de l'identité par le juge du procès et les distinctions invoquées par l'accusé entre ce qui lui était reproché et la preuve de faits similaires.

Arrêt (les juges Lamer et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La preuve qui est présentée dans le seul but d'établir la disposition ou la propension est, en principe, irrecevable. La question de savoir si la preuve visée constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit être grande pour permettre sa réception. Le juge du procès doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et des questions autres que la propension pour déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur son préjudice potentiel et justifie sa réception.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage de M.H.S. Il a formulé le bon critère de la recevabilité de la preuve de faits similaires et il a clairement procédé à partir du principe que la preuve était à première vue inadmissible. La préoccupation du juge du procès quant au degré de similitude entre les deux histoires était justifiée. Malgré sa remarque erronée laissant entendre que la preuve de faits similaires se rapportait à la question de l'identité de l'auteur des infractions, ce qui n'était pas en cause, ses raisons de déclarer l'accusé coupable indiquent qu'il ne se souciait absolument pas de l'identité et jugeait que la question cruciale en l'espèce était de savoir s'il fallait croire la plaignante. Le fait que le juge du procès s'exprime incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l'essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier sa décision. Étant donné l'ensemble de la décision et toutes les circonstances, il ne s'agissait pas d'une erreur grave et elle n'a pas porté atteinte à la

evidence, clearly indicate the issue to which the evidence is relevant.

Where identity or *mens rea* is not in issue, similar fact evidence may be useful in providing corroboration. Indeed, where, as in this case, the word of the child alleged to have been sexually assaulted is pitted against the word of the accused, similar fact evidence may be helpful on the central issue of credibility.

Finally, it cannot be concluded from the similarities and dissimilarities between the evidence of the complainant and the similar fact evidence of M.H.S., and from the considerable lapse of time between the two alleged relationships, that the evidence necessarily fails the "high probative value" test. The fact that in each case the accused established a father-daughter relationship with the girl before the sexual violations began might arguably go to show, if not a system or design, a pattern of similar behaviour suggesting that the complainant's story is true. The question then is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. Even if the admissibility of the evidence is borderline, this Court should not interfere with the conclusion of the trial judge, who was charged with the task of weighing the probative value of the evidence against its prejudicial effect in the context of the case as a whole. Where the law accords a large degree of discretion to a trial judge, appellate courts should be reluctant to interfere with the exercise of that discretion.

Per Lamer and Sopinka JJ. (dissenting): There is no special rule with relation to similar fact evidence in sexual offences. Similar fact evidence, to be admitted, must have relevance to an issue in the case other than to simply show a general disposition to commit the crime charged; and, if it does, its probative value must exceed its prejudicial effect. The identification of the probative value of the evidence is thus a crucial factor in the application of the similar fact rule. Evidence adduced solely for the purpose of showing propensity is inadmissible. In some circumstances, however, the acts of an accused are admissible, notwithstanding their tendency to show propensity, if those acts have a close or striking similarity to the act charged. The admission of similar fact evidence on this basis does not depart from the policy that evidence of propensity alone is not to be admitted. There is a distinction between evidence of general character and *modus operandi*. What the law seeks to forbid is a process of reasoning that would condemn the accused because of the accused's character.

validité de la décision du juge du procès. Cependant, en général, le juge du procès devrait, dans des cas où la preuve de faits similaires est très préjudiciable, indiquer clairement en quoi la preuve est pertinente.

^a Lorsque l'identité ou la *mens rea* ne sont pas en cause, la preuve de faits similaires peut servir de corroboration. En effet, lorsque dans un cas comme celui-ci, le témoignage de l'enfant qui aurait été agressé sexuellement est opposé au témoignage de l'accusé, la preuve de faits similaires peut être utile sur la question cruciale de la crédibilité.

Enfin, on ne peut conclure, à partir des similitudes et des différences entre le témoignage de la plaignante et la preuve de faits similaires de M.H.S., et du laps de temps considérable entre les deux relations en question, que la preuve ne satisfait pas au critère de la «grande valeur probante». Le fait que dans chaque cas l'accusé ait établi une relation père-fille avant que les infractions d'ordre sexuel commencent indique, sinon un système ou un plan, un modèle de comportement similaire permettant de croire que le témoignage de la plaignante est véridique. La question est donc de savoir si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Même s'il s'agit d'un cas limite en matière de recevabilité de la preuve, notre Cour ne devrait pas intervenir dans la conclusion du juge du procès dont la tâche était de soulever la valeur probante du témoignage et son effet préjudiciable en fonction de l'ensemble de l'affaire. Lorsque le droit confère au juge du procès un large pouvoir discrétionnaire, les tribunaux d'appel devraient hésiter à s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir.

Les juges Lamer et Sopinka (dissidents): Il n'existe pas de règle particulière relative à la preuve de faits similaires en matière d'infractions d'ordre sexuel. Pour être recevable, la preuve de faits similaires doit avoir à l'égard d'une question en litige une pertinence autre que celle d'établir simplement une disposition générale à commettre le crime reproché; et, si tel est le cas, sa valeur probante doit l'emporter sur son effet préjudiciable. L'identification de la valeur probante de la preuve est donc un facteur capital dans l'application de la règle de la preuve de faits similaires. La preuve présentée dans le seul but d'établir la propension est irrecevable. Cependant, dans certaines circonstances, la preuve des actes de l'accusé est recevable sans égard à leur tendance à établir la propension si ces actes ont une similitude étroite ou frappante avec l'acte reproché. Dans ce cas, l'admission de la preuve de faits similaires ne déroge pas au principe que la preuve de la seule propension ne doit pas être admise. Il y a une distinction entre une preuve relative à la moralité en général et une façon de

A highly individualized *modus operandi* is tantamount to evidence that the accused left his calling card. The process of reasoning which connects the accused to the crime charged is the same as in the case of other evidence of identification and is distinguishable from the prohibited line of reasoning. In short, the basis for admitting the evidence is relevance other than mere propensity.

In the present case, the trial judge erred in admitting the evidence. He misstated the relevance of the evidence and did not determine whether the prejudicial effect of the evidence outweighed its probative value. It is pure speculation to say that he treated the evidence as relevant to the issue of the credibility of the complainant. Assuming, however, that the trial judge's statement accepting the evidence of the complainant can be construed as relating the similar fact evidence to that issue, it was an insufficient identification of relevance to an issue. The complainant's credibility in this case was co-extensive with the issue of innocence or guilt. The Crown's case was based almost entirely on the evidence of the complainant, and the defence was a denial of the complaint. Any relevant evidence having the tendency to show guilt could be said to be relevant to the issue of credibility of the complainant. More specific identification was required: both the relevance of the evidence and its use for a purpose not prohibited by law had to be clearly identified.

The fact that the alleged similar facts had common characteristics with the acts charged did not render them admissible and, therefore, supportive of the evidence of the complainant. In order to be admissible, it would be necessary to conclude that the similarities were such that absent collaboration, it would be an affront to common sense to suggest that the similarities were due to coincidence. There is nothing in the reasons of the trial judge to suggest that the evidence was considered in light of these principles. In any event, the common characteristics in the evidence of the two girls were not so unusual that it would be against common sense to conclude that they were not both telling the truth. The two cases were separated by a considerable passage of time and there were material differences as well. The fact that the accused in each case established a father-daughter relationship was not so exceptional. With respect to collaboration, although the Crown must negate conspiracy or collaboration in accordance with

faire. Ce que la loi veut interdire est un raisonnement qui condamnerait l'accusé en raison de sa réputation. Une façon de faire très individualisée équivaut à une preuve que l'accusé a laissé sa carte de visite. Le raisonnement qui relie l'accusé au crime reproché est identique à celui qui est suivi dans le cas d'autres preuves d'identification et se distingue du raisonnement interdit. En résumé, c'est la pertinence plutôt que la simple propension qui justifie la recevabilité de la preuve.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage. Il n'a pas précisé correctement la pertinence de la preuve et n'a pas déterminé si l'effet préjudiciable de la preuve l'emportait sur sa valeur probante. Affirmer qu'il considérait la preuve pertinente à la question de la crédibilité de la plaignante relève de la pure spéculation. À supposer cependant que la déclaration faite par le juge du procès en acceptant le témoignage de la plaignante puisse relier la preuve de faits similaires à cette question, c'est une identification insuffisante de la pertinence au regard d'un point en litige. En l'espèce, la crédibilité de la plaignante est de même portée que la question de l'innocence ou de la culpabilité. La thèse du ministère public est fondée presque entièrement sur le témoignage de la plaignante et la défense consiste à nier la plainte. On pouvait dire que toute preuve pertinente de nature à établir la culpabilité était pertinente à la question de la crédibilité de la plaignante. Une identification plus précise est requise: la pertinence de la preuve et son utilisation dans un but qui n'est pas interdit en droit devaient être clairement identifiées.

Ce n'est pas parce que les faits similaires allégués avaient des caractéristiques communes avec les actes reprochés qu'ils pouvaient être recevables et confirmer alors le témoignage de la plaignante. Pour qu'ils soient recevables, il faudrait conclure que les similitudes étaient telles qu'en l'absence de collaboration, il serait contraire au sens commun de laisser entendre que les similitudes relevaient de la coïncidence. Rien dans les motifs du juge du procès n'indique qu'il a examiné la preuve en tenant compte de ces principes. Quoi qu'il en soit, les éléments communs dans le témoignage des deux filles n'étaient pas si inhabituels qu'il serait contraire au sens commun de conclure qu'elles ne disaient pas toutes les deux la vérité. Les deux cas sont séparés par un laps de temps considérable et comportent des différences importantes. Le fait que dans chaque cas l'accusé ait établi une relation père-fille n'était pas si exceptionnel. En ce qui concerne la collaboration, bien que le ministère public doive écarter le complot ou la collaboration

the criminal standard, no attempt was made to negate the possibility of collaboration.

The fact that similar fact evidence is useful as corroborative evidence for the testimony of children is not a basis for admissibility. Before evidence can be treated as corroborative, it must be found to be admissible.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; **referred to:** *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *Guay v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 18; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Mansfield* (1977), 65 Cr. App. R. 276; *R. v. Scarrott*, [1978] Q.B. 1016; *Sutton v. The Queen* (1984), 152 C.L.R. 528; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Campbell*, [1956] 2 All E.R. 272; *R. v. Hampden* (1684), 9 How. St. Tr. 1053; *R. v. Hall* (1887), 5 N.Z.L.R. 93; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Rance* (1975), 62 Cr. App. R. 118.

By Sopinka J. (dissenting)

Director of Public Prosecutions v. Kilbourne, [1973] A.C. 729; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *R. v. Sims*, [1946] K.B. 531; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911.

Authors Cited

Andrews, John A. and Michael Hirst. *Criminal Evidence*. London: Waterlow Publishers, 1987.
Cross on Evidence, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
 Forbes, J. R. S. *Similar Facts*. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.
 Hoffmann, L. H. "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 L.Q.R. 193.
Phipson on Evidence, 12th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976.

conformément à la norme de droit criminel, aucune tentative n'a été faite pour écarter cette possibilité.

L'utilité de la preuve de faits similaires pour corroborer le témoignage des enfants ne peut servir de fondement à sa recevabilité. Avant d'utiliser cette preuve comme preuve corroborante, il faut conclure qu'elle est recevable.

Jurisprudence

b Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; **arrêts mentionnés:** *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *Guay c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 18; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. v. Mansfield* (1977), 65 Cr. App. R. 276; *R. v. Scarrott*, [1978] Q.B. 1016; *Sutton v. The Queen* (1984), 152 C.L.R. 528; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Campbell*, [1956] 2 All E.R. 272; *R. v. Hampden* (1684), 9 How. St. Tr. 1053; *R. v. Hall* (1887), 5 N.Z.L.R. 93; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Rance* (1975), 62 Cr. App. R. 118.

Citée par le juge Sopinka (dissent)

Director of Public Prosecutions v. Kilbourne, [1973] A.C. 729; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *R. v. Sims*, [1946] K.B. 531; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911.

h Doctrine citée

Andrews, John A. and Michael Hirst. *Criminal Evidence*. London: Waterlow Publishers, 1987.
Cross on Evidence, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
 Forbes, J. R. S. *Similar Facts*. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.
 Hoffmann, L. H. «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 L.Q.R. 193.
Phipson on Evidence, 12th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Sklar, Ronald B. "Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels" (1977), 23 *McGill L.J.* 60.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 56 Alta. L.R. (2d) 20, 82 A.R. 45, 39 C.C.C. (3d) 230, dismissing the accused's appeal from his convictions on charges of incest, gross indecency, buggery and sexual intercourse with a female under the age of 14 years. Appeal dismissed, Lamer and Sopinka JJ. dissenting.

Terence Semenuk, for the appellant.

Lindsay MacDonald, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—The accused was charged with sexual offences against a young child, his natural daughter. The issue was not who had committed the offences but whether they had occurred at all. The main Crown evidence was that of the child. The question was whether she should be believed.

In support of the child's testimony, the Crown sought to introduce evidence that the accused had previously had sexual relations with an older girl, the daughter of his common law wife, with whom he had enjoyed a father-daughter relationship. The trial judge admitted the evidence and convicted the accused. Although the judge appears to have applied the correct test, a comment suggesting that the similar fact evidence related to the issue of identity was in error. The Court of Appeal, Harradence J.A. dissenting, held that the similar fact evidence was properly admitted and upheld the conviction: (1987), 56 Alta. L.R. (2d) 20.

The question before us is whether the majority of the Court of Appeal was correct in holding that the evidence was admissible, notwithstanding the trial judge's reference to identity and the distinctions relied on by the accused between the case alleged against him and the similar fact evidence.

Sklar, Ronald B. «Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels» (1977), 23 *McGill L.J.* 60.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 56 Alta. L.R. (2d) 20, 82 A.R. 45, 39 C.C.C. (3d) 230, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé de déclarations de culpabilité sur des accusations d'inceste, de grossière indécence, de sodomie et de rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Sopinka sont dissidents.

Terence Semenuk, pour l'appellant.

Lindsay MacDonald, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—L'appellant est accusé d'infractions d'ordre sexuel sur une jeune enfant, sa fille naturelle. La question n'était pas de savoir qui avait commis les infractions, mais si elles avaient eu lieu. Le principal témoignage à charge était celui de l'enfant. La question était de savoir si on devait y ajouter foi.

À l'appui du témoignage de l'enfant, le ministère public a tenté de produire la preuve que l'accusé avait déjà eu des relations sexuelles avec une enfant plus âgée, la fille de sa conjointe de fait, avec qui il avait eu une relation père-fille. Le juge du procès a admis la preuve et déclaré l'accusé coupable. Bien qu'il semble avoir appliqué le bon critère, une remarque laissant entendre que la preuve de faits similaires se rapportait à la question de l'identité était erronée. La Cour d'appel, le juge Harradence étant dissident, a conclu que la preuve de faits similaires a correctement été admise et a confirmé la déclaration de culpabilité: (1987), 56 Alta. L.R. (2d) 20.

La question à trancher est de savoir si la Cour d'appel, à la majorité, a eu raison de conclure que la preuve était admissible, malgré la mention de l'identité par le juge du procès et les distinctions invoquées par l'accusé entre ce qui lui était reproché et la preuve de faits similaires.

The Test for Similar Fact Evidence

The common law has traditionally taken a strict view of similar fact evidence, regarding it with suspicion. In recent years, the courts have moved to loosen the formalistic strictures which had come to encumber the rule. The old category approach determining what types of similar fact evidence are admissible has given way to a more general test which balances the probative value of the evidence against its prejudice.

Despite the apparent simplicity of the modern rule for the admission of similar fact evidence, the rule remains one of considerable difficulty in application. The problems stem in part from a tendency to view the modern formulation of the rule in isolation from the historical context from whence it springs. While the contemporary formulation may permit a more flexible, less restricted analysis, the dangers which it addresses and the principles upon which it rests remain unchanged.

The Similar Fact Rule in England

As late as the 17th century, English law contained no rule preventing the admission of either character or similar fact evidence. Occasionally one finds a reference to the potential unfairness of such evidence, such as the comment of the judge in *R. v. Hampden* (1684), 9 How. St. Tr. 1053, that “[t]o rake the whole course of a man’s life is very hard.” But in general, such evidence was admitted.

This changed in the 17th century. Because the common law had no firm rule against even the cruder forms of character evidence, a statute was enacted in 1695 that in cases of treason (of which there were many at the time) the prosecution should be limited to proof of the acts set out in the indictment. While the ambit of the statute was narrow, the idea which it embodied increasingly found favour in the courts. In 1762 a text writer named Foster (*Crown Law* (1762), at p. 246), referred to the “rule of rejecting all manner of evidence in criminal prosecutions that is foreign to the point in issue”, stating the rule is “founded on good sense and common justice. For no man is

Le critère applicable à la preuve de faits similaires

Traditionnellement, la common law a interprété restrictivement la preuve de faits similaires, la considérant avec méfiance. Au cours des dernières années, les tribunaux ont assoupli les rigueurs formalistes dont la règle avait fini par être grevée. L’ancienne méthode des catégories où l’on décidait quels types de preuve de faits similaires étaient admissibles a fait place à un critère plus général qui met en balance la valeur probante de la preuve et le préjudice qu’elle peut causer.

Malgré la simplicité apparente de la règle moderne de l’admission de la preuve de faits similaires, son application demeure très difficile. Les difficultés proviennent en partie d’une tendance à considérer la formulation moderne de la règle indépendamment de son contexte historique. Bien que la formulation contemporaine puisse permettre une analyse plus souple et moins contraignante, les dangers qu’elle vise à éviter et les principes sur lesquels elle repose n’ont pas changé.

e La règle de la preuve de faits similaires en Angleterre

Jusqu’au XVII^e siècle, le droit anglais n’avait pas de règle interdisant l’admission d’une preuve de moralité ou de faits similaires. On trouve parfois une mention de l’injustice que peut causer cette preuve, comme la remarque d’un juge dans l’arrêt *R. v. Hampden* (1684), 9 How. St. Tr. 1053, portant que [TRADUCTION] «[s]cruter toute la vie d’un homme est très pénible». Mais en général, cette preuve était admise.

Les choses ont changé au XVII^e siècle. Parce que la common law n’avait aucune règle ferme, même contre les formes les plus rudimentaires de preuve de moralité, une loi adoptée en 1695 imposait à la poursuite, dans les affaires de trahison (nombreuses à l’époque), de limiter sa preuve aux actes reprochés dans l’acte d’accusation. Bien que la portée de la loi fût étroite, l’idée qu’elle comportait a gagné peu à peu la faveur des tribunaux. En 1762, un auteur du nom de Foster (*Crown Law* (1762), à la p. 246), a mentionné la [TRADUCTION] «règle qui rejetait toute forme de preuve étrangère au litige dans les poursuites criminelles», affirmant que cette règle [TRADUCTION] «reposait

bound . . . to answer at once and unprepared for every action of his life . . .” A modern commentator summarizes the situation in the 18th century as follows:

In the 18th century the English courts resolved to confine evidence more closely to the matter in hand. In particular juries should not hear an accused’s criminal record or the free-ranging denigration . . . Evidence of that sort was seen to be insufficiently relevant. Indeed it was worse because, while the legal mind may transcend such distractions, lay juries; it was held, could not.

(J. R. S. Forbes, *Similar Facts* (1987), at p. v.)

The same writer concludes at p. 7: “By 1800 the law of evidence was apt to exclude general character evidence, even if it still admitted similar facts fairly liberally.”

The legal formalism and emphasis on *stare decisis* that marked the 19th century approach to law narrowed the scope for the admission of similar fact evidence. Cases in which similar fact evidence had been admitted were reified into a series of categories in which, and only in which, similar fact evidence could be admitted. Similar fact evidence was admitted to show intent, a system, a plan, malice, identity, as well as to rebut the defences of accident, mistake and innocent association.

Nineteenth century courts started from the premise that a person should not be convicted on the basis that he had committed other offences. They developed a general exclusionary rule with the following exception: evidence of previous misconduct could be admitted if it possessed special probative value, making it useful for some other inference over and above the inference that because the accused had committed a crime before he was likely to have committed the offence with which he stood charged. Whether or not this exception was established was determined by asking whether the evidence fell into one of the established categories of admissibility. Viewed

sur le bon sens et les principes généraux de la justice. Car personne n’est tenu [...] de rendre compte de tous les actes de sa vie à brûle-pourpoint . . . » Un auteur contemporain résume la situation au XVIII^e siècle de la façon suivante:

[TRADUCTION] Au XVIII^e siècle, les tribunaux anglais ont résolu de restreindre davantage la preuve à l’affaire en cause. En particulier, les membres du jury ne devraient pas entendre de preuve portant sur les antécédents criminels ou les médisances répandues au sujet de l’accusé [...] Ce genre de preuve n’était pas jugé suffisamment pertinent. Pire encore, si les membres de la profession juridique pouvaient faire abstraction de ces détails, les membres du jury ne le pouvaient pas.

(J. R. S. Forbes, *Similar Facts* (1987), à la p. v.)

Le même auteur conclut, à la p. 7: [TRADUCTION] «Au début des années 1800, le droit de la preuve était enclin à écarter la preuve de moralité générale, même s’il admettait encore de façon assez libérale la preuve de faits similaires».

Le formalisme juridique et l’importance donnée à la règle du *stare decisis*, qui caractérisent la conception du droit au XIX^e siècle, ont restreint les cas d’admission de la preuve de faits similaires. Les décisions dans lesquelles la preuve de faits similaires avait été admise ont été reclassées dans des séries de catégories, définies restrictivement, où la preuve de faits similaires pouvait être admise. La preuve de faits similaires était admise pour établir l’intention, un système, un plan, la préméditation, l’identité, ainsi que pour réfuter les défenses d’accident, d’erreur et de rapports innocents.

Les tribunaux du XIX^e siècle partaient du principe qu’une personne ne devait pas être déclarée coupable parce qu’elle avait commis d’autres infractions. Ils ont conçu une règle générale d’exclusion comportant l’exception suivante: la preuve d’une mauvaise conduite antérieure pouvait être admise si elle avait une valeur probante particulière qui la rendait utile pour faire d’autres déductions que la simple déduction qu’il était probable que l’accusé avait commis l’infraction reprochée, parce qu’il avait commis un crime antérieurement. Pour déterminer si l’exception jouait, il fallait se demander si la preuve relevait de l’une des catégories d’admissibilité établies. Ainsi comprise, la

thus, the so-called similar fact rule was in reality an exception—narrowly defined—to the general rule excluding evidence of prior misconduct or propensity.

This approach is embodied in the oft-quoted passage from *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65. Lord Herschell L.C. first enunciated the general principle of exclusion (the first limb of the rule):

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

He then stated the exception (the second limb of the rule), at p. 65:

On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused.

From the point of view of underlying principle, the *Makin* rule may be seen as essentially concerned with probative value. On the one hand, it recognized the grave prejudice that evidence of previous wrongdoing or propensity might work. Such evidence often does not possess great logical or probative force. Yet at the same time it has great potential for harm, raising the danger that the jury may convict, not because they are satisfied that the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence with which he stands charged, but because the accused is a bad or suspicious person. On the other hand, the *Makin* rule acknowledged the common sense proposition that in some cases the probative value of the evidence might justify its reception.

règle dite de la preuve de faits similaires était en réalité une exception—définie restrictivement—à la règle générale d'exclusion de la preuve de mauvaise conduite antérieure ou de propension à commettre l'infraction.

Cette conception se retrouve dans le passage souvent cité de l'arrêt *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65. Le lord chancelier Herschell a d'abord formulé le principe général d'exclusion (le premier élément de la règle):

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d'amener à conclure que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa moralité, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation.

Il a ensuite formulé l'exception (le deuxième élément de la règle), à la p. 65:

[TRADUCTION] D'autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d'autres crimes, n'entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu'on prétend, constituent le crime reproché dans l'acte d'accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l'accusé pourrait autrement invoquer.

Eu égard au principe sous-jacent, la règle de l'arrêt *Makin* peut paraître concerner essentiellement la valeur probante. D'une part, elle reconnaît le grave préjudice que peut occasionner la preuve d'un méfait antérieur ou de la propension à agir illégalement. Souvent, cette preuve n'a pas de grande force probante ou logique et pourtant elle peut causer un préjudice considérable en augmentant le danger que le jury déclare l'accusé coupable non parce qu'il est convaincu que le ministère public a fait la preuve hors de tout doute raisonnable qu'il a commis l'infraction reprochée, mais parce que l'accusé est une personne mauvaise ou louche. D'autre part, la règle de l'arrêt *Makin* reconnaît le principe de bon sens selon lequel, dans certains cas, la valeur probante de la preuve pourrait justifier sa réception.

As a rule of application the analysis in *Makin* typically involved two steps. Courts first asked whether the proposed evidence went beyond mere propensity. If that hurdle was met, they went on to determine whether the evidence fell within one of the accepted exclusionary categories. In practice, the two steps often merged since evidence falling within the established categories of exception to the general exclusionary rule usually went beyond mere propensity.

Problems with the category approach to similar fact evidence became increasingly apparent in the less formalistic 20th century. On the one hand, the effect of the categories and the frequently referred to requirement of “striking similarity” was that similar fact evidence, which from the point of view of common sense had great relevance, might be excluded—a result which provoked one judge to declaim:

Viewed in the light of science . . . or common sense, there is without doubt a nexus

. . . the common law must often result in what the public may regard as a failure of justice. That is really not our concern.

(*R. v. Hall* (1887), 5 N.Z.L.R. 93 (C.A.), at pp. 108 and 110.)

Other judges reacted to the tendency of the rule to exclude probative evidence, by drawing distinctions that were fundamentally unworkable or imaginary in order to admit evidence which common sense told them should be admitted. On the other hand, the rule sometimes permitted reception of evidence of doubtful worth. Provided it fell within one of the accepted categories, evidence of prior misconduct or inclination might be admitted even though its relevance was suspect.

From the point of view of theory too, the category approach associated with *Makin* was subject to criticism. The categories focussed attention on the purpose for which the similar fact evidence was adduced, rather than the real question—its rele-

Comme règle d'application, l'analyse de l'arrêt *Makin* comportait habituellement deux étapes. Les tribunaux se demandaient premièrement si la preuve que l'on voulait produire visait plus que la simple propension à commettre l'acte criminel. S'ils franchissaient cet obstacle, ils devaient alors déterminer si la preuve relevait de l'une des catégories d'exclusion reconnues. En pratique, les deux étapes se confondaient souvent puisque la preuve qui relevait de l'une des catégories établies d'exceptions à la règle générale d'exclusion allait habituellement plus loin que la simple preuve de la propension à commettre l'infraction.

Les problèmes de la méthode des catégories en matière de preuve de faits similaires sont devenus de plus en plus apparents au cours d'un XX^e siècle moins empreint de formalisme. D'une part, les catégories et l'exigence souvent mentionnée d'une «similarité frappante» pouvaient entraîner l'exclusion d'une preuve de faits similaires qui, sur le plan du bon sens, avait beaucoup de pertinence—un résultat qui a incité un juge à déclarer:

[TRADUCTION] Envisagé sous l'angle de la science [. . .] ou du bon sens, il y a sans aucun doute un lien . . .

. . . la common law doit souvent aboutir à ce que le public peut considérer comme un déni de justice. Cela ne nous intéresse vraiment pas.

(*R. v. Hall* (1887), 5 N.Z.L.R. 93 (C.A.), aux pp. 108 et 110.)

Face à la tendance de la règle à exclure des preuves probantes, d'autres juges ont réagi en établissant des distinctions fondamentalement impraticables ou imaginaires pour admettre des éléments de preuve que le bon sens leur dictait d'admettre. Par ailleurs, la règle permettait parfois de recevoir des éléments de preuve de valeur incertaine. Dans la mesure où elle relevait d'une catégorie reconnue, la preuve d'une mauvaise conduite antérieure ou de la propension à commettre l'infraction pouvait être admise même si on pouvait douter de sa pertinence.

La méthode des catégories associée à l'arrêt *Makin* a également fait l'objet de critiques en doctrine. Les catégories attiraient l'attention sur l'objet visé par la production de la preuve de faits similaires plutôt que sur la véritable question, sa

vance: see J. A. Andrews and M. Hirst, *Criminal Evidence* (1987), para. 15.34. As R. B. Sklar stated (“Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels” (1977), 23 *McGill L.J.* 60, at p. 62), “[w]hether the evidence was really *relevant* to the issue by whatever the rationale and whether, if it was, it was *relevant enough* to justify its reception despite its nearly uncontrollable tendency to damn the accused in the minds of the jury, was lost in the shuffle.” (Emphasis in original.) If the evidence fell within a recognizable category, it was admitted even if its relevance may have been suspect. Moreover, the emphasis on the need for the evidence to relate to an issue other than disposition was arguably artificial. As Professor Andrews and Mr. Hirst have commented, at pp. 342-43:

15.37 Although the courts made a great show of relying on the categories of relevance and of avoiding the forbidden chain of reasoning [guilt from propensity], their whole approach was really based upon a fundamental misconception. In reality, similar fact evidence can hardly ever show design or rebut a defence except by encouraging the court or jury to utilise the forbidden chain of reasoning. Whether the judges realised this or not, the undeniable fact is that in many of the leading cases evidence was admitted where it could only have been relevant because it showed disposition or propensity.

Provided some element, however small, other than disposition could be found to which the evidence related, it went in, although the effect might be almost entirely related to disposition.

Difficulties such as these led the House of Lords to re-address the question of similar fact evidence in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. On its face, *Boardman* constitutes no great departure from *Makin*, with three of the five Law Lords (Lords Morris, Hailsham and Salmon) expressly affirming the validity of *Makin*. However, all five judges rejected the category approach that had become associated with *Makin*, emphasizing that similar fact evidence is not automatically admissible merely because it fits

pertinence: voir J. A. Andrews et M. Hirst, *Criminal Evidence* (1987), par. 15.34. Comme l’a affirmé R. B. Sklar («Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels» (1977), 23 *McGill L.J.* 60, à la p. 62), [TRADUCTION] «[l]a question de savoir si la preuve se *rapportait* vraiment à la question en litige, peu importe le raisonnement suivi, et si, le cas échéant, elle était *suffisamment pertinente* pour justifier sa réception malgré sa tendance presque inévitable à condamner l’accusé aux yeux du jury, était noyée dans la mêlée». (En italique dans l’original.) Si la preuve relevait d’une catégorie reconnue, elle était admise même si sa pertinence pouvait être mise en doute. En outre, on pouvait prétendre que l’insistance sur la nécessité que la preuve se rapporte à une question autre que la propension était artificielle. Comme le professeur Andrews et M. Hirst l’ont fait remarquer, aux pp. 342 et 343:

[TRADUCTION] 15.37 Bien que les tribunaux aient fait grand état du recours aux catégories de pertinence et du rejet du mode de raisonnement interdit [la culpabilité pour cause de propension], toute leur façon de procéder était réellement fondée sur une conception fondamentalement erronée. En réalité, la preuve de faits similaires ne peut presque jamais établir l’intention ou réfuter un moyen de défense sauf en encourageant la cour ou le jury à utiliser le raisonnement interdit. Que les juges s’en soient rendu compte ou non, il est incontestable que dans plusieurs arrêts de principe la preuve a été admise alors que sa seule pertinence était d’établir la disposition ou la propension.

Pourvu qu’on puisse trouver que la preuve se rapportait à un élément autre que celui de la propension, si négligeable soit-il, la preuve était admise même si son effet se rapportait presque entièrement à la propension.

Des difficultés comme celles-là ont incité la Chambre des lords à étudier de nouveau la question de la preuve de faits similaires dans l’arrêt *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. De prime abord, l’arrêt *Boardman* ne s’écarte pas vraiment de l’arrêt *Makin* puisque trois des cinq lords juges (lords Morris, Hailsham et Salmon) ont expressément confirmé la validité de l’arrêt *Makin*. Cependant, tous les cinq ont rejeté la méthode des catégories qu’on avait fini par associer à l’arrêt *Makin*, en souli-

into a prescribed category. The admissibility of similar fact evidence was to be based on general principle, not categories and catch phrases. That general principle was relevance.

While the five separate and sometimes conflicting opinions delivered in *Boardman* may not provide a comprehensive picture of the various ways in which cogency may be found, the *ratio decidendi* of the case is clear: the admissibility of similar fact evidence depends on its bearing a very high degree of probative value—sufficient to outweigh the inherent prejudice likely to flow from its reception. In the result, the House of Lords in *Boardman* held that the similar fact evidence in question was admissible on the ground of high probative value or “striking similarity”, Lords Wilberforce and Cross expressing the reservation that they regarded the case as “borderline”.

If the judges in *Boardman* were not willing to overrule *Makin*, some were prepared to engage an interpretation different from that which has been traditionally accorded the case. A majority of the judges accepted the first limb of the rule in *Makin*—the exclusionary proposition—although arguably in modified form. Lord Hailsham embraced in unequivocal terms the proposition that similar fact evidence merely going to show character or disposition is always inadmissible on the ground of irrelevancy (p. 451). The other judges, while emphasizing the importance of the general exclusionary rule against character and disposition, were prepared to accept that in exceptional circumstances evidence going only to disposition might be admissible. This marked a significant departure from the established position. The jurisprudence following on *Makin* had proceeded on the assumption that the evidence must relate to something other than disposition; mere disposition evidence could never be admitted. In *Boardman* the majority of the court accepted that a court or jury may properly infer guilt from evidence of

gnant que la preuve de faits similaires n’est pas automatiquement admissible du seul fait qu’elle correspond à une catégorie prescrite. La recevabilité de la preuve de faits similaires devait être ^a fondée sur un principe général et non sur des catégories ou des formules toutes faites. Ce principe général était la pertinence.

^b Bien que les cinq opinions distinctes et parfois divergentes rendues dans l’arrêt *Boardman* puissent ne pas procurer un tableau exhaustif des différentes façons de conclure à la force de la preuve, la raison déterminante de l’arrêt est claire: ^c pour être admissible, la preuve de faits similaires doit avoir une très grande valeur probante, qui soit suffisante pour l’emporter sur le préjudice inhérent qui risque de découler de sa réception. En définitive, la Chambre des lords dans l’arrêt *Boardman* ^d a conclu que la preuve de faits similaires était admissible dans cette affaire en raison de sa grande valeur probante ou de sa [TRADUCTION] «similarité frappante», lords Wilberforce et Cross ^e exprimant la réserve qu’ils considéraient l’affaire comme [TRADUCTION] «un cas limite».

^f Si les juges dans l’arrêt *Boardman* n’étaient pas prêts à renverser l’arrêt *Makin*, certains étaient disposés à lui donner une interprétation différente de celle qu’il avait reçue traditionnellement. La majorité des juges a accepté le premier élément de la règle de l’arrêt *Makin*—le principe de l’exclusion—bien que sous une forme que l’on peut prétendre modifiée. Lord Hailsham a retenu de façon non équivoque la proposition selon laquelle la preuve de faits similaires qui ne tend qu’à démontrer la moralité ou la propension est toujours inadmissible pour cause de non-pertinence (p. 451). ^h Les autres juges, tout en insistant sur l’importance de la règle générale d’exclusion en matière de moralité et de propension, étaient prêts à accepter que, dans des circonstances exceptionnelles, la preuve qui ne se rapportait qu’à la propension pourrait être admissible. C’était là s’écarter considérablement de la position établie. La jurisprudence qui a suivi l’arrêt *Makin* tenait pour acquis ⁱ que la preuve devait se rapporter à autre chose que la propension; la preuve qui se rapportait seulement à la propension ne pouvait jamais être

disposition where the high and specific relevance of that evidence warrants such an inference.

On the second branch of the *Makin* rule, the speeches in *Boardman* emphasize Lord Herschell L.C.'s reference in *Makin* to the relevance of the evidence to an issue before the jury, while rejecting as definitive his allusion to the traditional categories of admissible similar fact evidence. All judges affirmed that in determining if the proffered evidence is admissible the courts must look primarily to its logical force in the context of the case and balance it against its potential prejudice to the accused.

Two points emerge from the foregoing discussion of *Boardman*. The first is the reaffirmation of the importance of a general exclusionary rule for evidence which goes merely to character or disposition and nothing more, albeit in a qualified form. For all the judges, it is from this rule that consideration of the admissibility of similar fact evidence begins. *Boardman* does not take us back to the 17th century where evidence of character and disposition could be freely received. Rather it formulates a new and essentially strict test for the reception of such evidence, which is admitted as an exception to the general exclusionary rule as a consequence of its high probative force.

The second point emerging from *Boardman* is the proposition that to be admissible, the probative force of the evidence must outweigh its potential prejudice in all the circumstances of the case. This introduces the idea of a sliding scale of admissibility. The degree of probative value required to establish the admissibility of similar fact evidence will generally be high where the evidence is Crown evidence suggesting serious criminality or immorality, as was the case in *Boardman*; hence their Lordships' insistence on such phrases as "striking similarity", the potential of the evidence to negate all "coincidence", "exceptional circumstances" and a "strong degree of probative force". Yet the

admise. Dans l'arrêt *Boardman*, la cour à la majorité a reconnu qu'un tribunal ou un jury peut correctement conclure à la culpabilité à partir de la preuve de la propension lorsque cette preuve, en raison de son caractère très pertinent et spécifique, permet de tirer cette conclusion.

Quant au deuxième élément de la règle de l'arrêt *Makin*, les opinions dans l'arrêt *Boardman* font ressortir la mention, que fait le lord chancelier Herschell dans l'arrêt *Makin*, de la pertinence de la preuve relativement à la question que doit trancher le jury, mais en refusant tout caractère définitif à son allusion aux catégories traditionnelles de preuve de faits similaires admissibles. Tous les juges ont affirmé que pour déterminer si la preuve offerte est admissible, les tribunaux doivent examiner principalement sa force logique dans le contexte de l'affaire par rapport au préjudice qu'elle peut causer à l'accusé.

Deux points ressortent de l'analyse précédente de l'arrêt *Boardman*. Le premier est la réaffirmation de l'importance d'une règle générale d'exclusion de la preuve visant uniquement la moralité ou la propension, bien que sous une forme nuancée. Pour tous les juges, c'est à partir de cette règle que l'examen de l'admissibilité de la preuve de faits similaires commence. L'arrêt *Boardman* ne nous ramène pas au XVII^e siècle où il était loisible de recevoir la preuve de moralité et de propension. Il énonce plutôt un nouveau critère, essentiellement restrictif, applicable à la réception de cette preuve, qui est admise par exception à la règle générale d'exclusion en raison de sa grande valeur probante.

Le deuxième point qui ressort de l'arrêt *Boardman* est l'affirmation que, pour être admissible, la valeur probante de la preuve doit l'emporter sur le préjudice qu'elle peut causer compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Cela fait intervenir l'idée d'un critère d'admissibilité variable. Le degré de valeur probante requis pour établir l'admissibilité d'une preuve de faits similaires sera généralement élevé si la preuve à charge laisse entendre qu'il y a criminalité ou immoralité graves, comme dans l'arrêt *Boardman*; d'où l'insistance des lords sur des expressions comme «similitude frappante», la possibilité que la preuve annule toute «coïncidence», des «circonstances exception-

possibility is left open that in other cases, where there is less prejudice to overcome (for example, in similar fact evidence presented by the defence or evidence of habits or business practices in civil cases) the degree of probative value required for admission may be lower.

This view of similar fact evidence posits a test which is related to, yet distinct from the general rule that evidence is not admissible if its prejudicial effect outweighs its probative value: see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. That rule is an exclusionary rule applied to evidence which would otherwise be admissible. The reverse is the case with similar fact evidence. In determining its admissibility, one starts from the proposition that the evidence is inadmissible, given the low degree of probative force and the high degree of prejudice typically associated with it. The question then is whether, because of the exceptional probative value of the evidence under consideration in relation to its potential prejudice, it should be admitted notwithstanding the general exclusionary rule.

The Canadian Jurisprudence

The Canadian jurisprudence since *Boardman* is generally consistent with the approach advocated in that case. It has followed *Boardman* in rejecting the category approach to the admission of similar fact evidence. At the same time, cases in Canada have on the whole maintained an emphasis on the general rule that evidence of mere propensity is inadmissible, and have continued to emphasize the necessity that such evidence possess high probative value in relation to its potential prejudice.

This Court has repeatedly affirmed since *Boardman* that the starting point for determining whether similar fact evidence is admissible is the general exclusionary rule against the reception of evidence of disposition or character, aligning itself with the view of the majority in *Boardman* on this aspect of the rule. In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, Pratte J., for the majority,

nelles» et un «degré élevé de force probante». Il est cependant encore possible que, dans d'autres cas, lorsque le préjudice est moindre (par exemple, dans la preuve de faits similaires présentée par la défense ou la preuve de comportements habituels ou de pratiques commerciales en matière civile), le degré de force probante requis pour l'admission puisse être moins élevé.

b Cette conception de la preuve de faits similaires propose un critère qui se rapporte à la règle générale, bien qu'il en soit distinct, selon laquelle la preuve est inadmissible si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante: voir l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Il s'agit d'une règle d'exclusion applicable à la preuve qui serait par ailleurs admissible. C'est l'inverse pour la preuve de faits similaires. Pour déterminer son admissibilité, il faut partir du principe que la preuve est inadmissible étant donné la faible force probante et l'importance du préjudice qui y est généralement associé. Il faut se demander ensuite si, en raison de la valeur probante exceptionnelle de la preuve examinée par rapport au préjudice qu'elle est susceptible de causer, elle devrait être admise sans égard à la règle générale d'exclusion.

La jurisprudence canadienne

f Depuis l'arrêt *Boardman*, la jurisprudence canadienne est généralement conforme au point de vue préconisé dans cet arrêt. La jurisprudence a suivi l'arrêt *Boardman* en rejetant la méthode des catégories pour déterminer l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. En même temps, les tribunaux canadiens ont dans l'ensemble continué de mettre l'accent sur la règle générale que la preuve de la simple propension est inadmissible et sur la nécessité que cette preuve possède une valeur probante élevée par rapport au préjudice qu'elle est susceptible de causer.

i Depuis l'arrêt *Boardman*, notre Cour a répété à maintes reprises que le point de départ pour déterminer si une preuve de faits similaires est admissible est la règle générale d'exclusion interdisant de recevoir une preuve de propension ou de moralité, retenant ainsi l'opinion des juges formant la majorité dans l'arrêt *Boardman* sur cet aspect de la règle. Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2

held that in general similar fact evidence merely going to show disposition is inadmissible because it has "no real probative value with regard to the specific crime attributed to the accused: there is no sufficient logical connection between the one and the other" (p. 731). Applying the rule from *R. v. Rance* (1975), 62 Cr. App. R. 118, at p. 121, he stated that similar fact evidence is admissible "if, but only if, it goes beyond showing a tendency to commit crimes of this kind and is positively probative in regard to the crime now charged" (p. 735). Similarly, in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, Lamer J. (whose statements on this point may be considered to be the unanimous view of the Court) cited with approval Lord Cross's statement in *Boardman* that in cases of exceptional probative value, evidence going to disposition might be admissible. More recently, Sopinka J., speaking for this Court in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, and in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, affirmed the general inadmissibility of evidence of disposition. To similar effect, Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481, stated at p. 496:

... the admission of similar fact evidence against an accused is exceptional, being allowed only if it has substantial probative value on some issue, otherwise than as proof of propensity (unless the propensity is so highly distinctive or unique as to constitute a signature).

While our courts have affirmed the general exclusionary rule for evidence of disposition and propensity, they have for the most part cast it in terms of *Boardman* rather than *Makin*. It is no longer necessary to hang the evidence tendered on the peg of some issue other than disposition. While the language of some of the assertions of the exclusionary rule admittedly might be taken to suggest that mere disposition evidence can never be admissible, the preponderant view prevailing in Canada is the view taken by the majority in

R.C.S. 709, le juge Pratte a conclu, au nom de la majorité, qu'en général la preuve de faits similaires qui tend simplement à établir la propension est inadmissible parce qu'elle «n'a pas de valeur probante véritable par rapport au crime spécifique qui est reproché à l'accusé: il n'y a pas entre l'un et l'autre de lien suffisamment logique» (p. 731). Appliquant la règle formulée dans l'arrêt *R. v. Rance* (1975), 62 Cr. App. R. 118, à la p. 121, il a affirmé que la preuve de faits similaires est admissible [TRADUCTION] «seulement si elle démontre plus qu'une tendance à commettre des actes criminels de cette nature et si elle a vraiment une valeur probante relativement à l'acte criminel présentement imputé» (p. 735). De même, dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, le juge Lamer (dont on peut dire que les affirmations sur ce point traduisent l'opinion unanime de la Cour) a cité, en l'approuvant, l'affirmation de lord Cross dans l'arrêt *Boardman*, selon laquelle dans des cas de valeur probante exceptionnelle la preuve se rapportant à la propension pourrait être admissible. Plus récemment, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, et dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, a confirmé l'inadmissibilité générale de la preuve de propension. De même, le juge Martin affirme, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481, à la p. 496:

[TRADUCTION] ... l'admission d'une preuve de faits similaires à l'égard d'un accusé est exceptionnelle, n'étant permise que si elle a une grande valeur probante à l'égard d'une question et ne sert pas de preuve de propension (à moins que la propension soit à ce point caractéristique ou exceptionnelle qu'elle constitue une confirmation).

Bien que nos tribunaux aient confirmé la règle générale d'exclusion de la preuve de propension, ils l'ont formulée dans la plupart des cas selon les termes de l'arrêt *Boardman* plutôt que de l'arrêt *Makin*. Il n'est plus nécessaire de rattacher la preuve offerte à une question autre que celle de la propension. Bien que tous conviennent que la formulation de certains énoncés de la règle d'exclusion pourrait laisser entendre que la preuve de la simple propension ne peut jamais être admissible, l'opinion prépondérante au Canada est celle adop-

Boardman—evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

The second characteristic of Canadian treatment of the similar fact rule since *Boardman* is a rejection of the category approach in favour of one of general principle. In *Guay v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 18, the Court, *per* Pigeon J., held that the admissibility of similar fact evidence is based on “general principles” and that there is discretionary power in the trial judge to exclude such evidence (p. 32). Citing *Boardman* with approval, he rejected a mechanical, category approach, holding that there is “no closed list of the sort of cases where such evidence is admissible” but that it is “well established that it may be admitted to rebut a defence of legitimate association for honest purposes, as well as to rebut evidence of good character” (p. 32).

In *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, McIntyre J., speaking for the Court, held that “it would be an error to attempt to draw up a closed list of the sorts of cases in which the principle operates” (p. 953), concluding that the admissibility of similar fact evidence “will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission” (p. 953). Subsequent cases have all affirmed the same approach. In *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 943, Wilson J., speaking for the Court, affirmed that the analysis must be based on general principle and posited a sliding scale of relevance:

The degree of probative value required varies with the prejudicial effect of the admission of the evidence. The probative value of evidence may increase if there is a degree of similarity in circumstances and proximity in time and place. However, admissibility does not turn on such a striking similarity . . .

tée par la majorité dans l’arrêt *Boardman*—la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l’accusé si la preuve d’actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

^b La deuxième caractéristique du traitement accordé à la preuve de faits similaires au Canada depuis l’arrêt *Boardman* est un rejet de la méthode des catégories au profit d’un principe général. ^c Dans l’arrêt *Guay c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 18, le juge Pigeon a conclu, au nom de la Cour, que l’admissibilité d’une preuve de faits similaires est fondée sur des «principes généraux» et que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d’écarter cette preuve (p. 32). Approuvant l’arrêt *Boardman*, il a rejeté la méthode automatique des catégories, affirmant qu’il «n’y a pas de catalogue rigide des cas où cette preuve est recevable», mais ^d qu’il «est bien établi qu’il y a lieu de la permettre pour contrer une défense d’association légitime dans un but honnête comme aussi pour contredire une preuve de bon caractère» (p. 32).

^f Dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, le juge McIntyre, au nom de la Cour, a statué [TRADUCTION] «qu’on aurait tort d’essayer de fixer une liste des types de cas où le principe s’applique» (p. 953), concluant que l’admissibilité d’une preuve d’actes similaires «sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice causé à l’accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit» (p. 953). Les arrêts subséquents ont tous confirmé la même méthode. ^g Dans l’arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 943, le juge Wilson a affirmé, au nom de la Cour, que l’analyse doit être fondée sur un principe général et a formulé un critère de pertinence variable: ^h

Le degré de valeur probante requis varie en fonction de l’effet préjudiciable de l’admission de la preuve. La valeur probante d’un élément de preuve peut augmenter s’il y a une certaine similarité quant aux circonstances ainsi que proximité de temps et d’endroit. L’admissibilité ne dépend toutefois pas d’une telle similarité frappante . . .

The old category approach was similarly rejected in *R. v. Morin* and *R. v. D.* (*L.E.*)

Catchwords have gone the same way as categories. Just as English courts have expressed doubts about the necessity of showing "striking similarity" (see *R. v. Rance*, *supra*; *R. v. Mansfield* (1977), 65 Cr. App. R. 276; *R. v. Scarrott*, [1978] Q.B. 1016), so in *Robertson* Wilson J. rejected the validity of this phrase as a legal test.

A third feature of this Court's treatment of the similar fact rule since *Boardman* is the tendency to accord a high degree of respect to the decision of the trial judge, who is charged with the delicate process of balancing the probative value of the evidence against its prejudicial effect. In *Morris*, the Court affirmed that the task of determining whether the evidence possesses sufficient probative value is that of the trial judge. Similarly, in *Guay*, *Robertson*, *Morin*, and *D.* (*L.E.*) this Court affirmed the decision of the trial judge with respect to similar fact evidence. This deference to the trial judge may in part be seen as a function of the broader, more discretionary nature of the modern rule at the stage where the probative value of the evidence must be weighed against its prejudicial effect. As a consequence of the rejection of the category approach, the admissibility of similar fact evidence since *Boardman* is a matter which effectively involves a certain amount of discretion. As pointed out in *Morris*, the weight to be given to evidence is a question for the trier of fact. Generally, where the law accords a large degree of discretion to a trial judge, courts of appeal are reluctant to interfere with the exercise of that discretion in the absence of demonstrated error of law or jurisdiction.

The difficulty of the trial judge's task and the amount of discretion entrusted to him or her is great. As Forbes, *op. cit.*, puts it at pp. 54-55:

A judge presented with similar facts for the prosecution has to exercise an extraordinary complex of duties and powers. First he has to assess not only the relevance

L'ancienne méthode des catégories a de même été rejetée dans les arrêts *R. c. Morin* et *R. c. D.* (*L.E.*)

^a Les formules toutes faites ont subi le même sort que les catégories. Tout comme les tribunaux anglais ont manifesté des doutes quant à la nécessité d'établir une «similarité frappante» (voir *R. v. Rance*, précité; *R. v. Mansfield* (1977), 65 Cr. App. R. 276; *R. v. Scarrott*, [1978] Q.B. 1016), de même, le juge Wilson a rejeté dans l'arrêt *Robertson* la validité de cette expression comme critère juridique.

^c Un troisième aspect de la façon dont notre Cour a traité la règle de la preuve de faits similaires depuis l'arrêt *Boardman* est la tendance à largement respecter la décision du juge du procès, à qui revient la tâche délicate de soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable. Dans l'arrêt *Morris*, la Cour a affirmé qu'il appartient au juge du procès de déterminer si la preuve a une valeur probante suffisante. De même, dans les arrêts *Guay*, *Robertson*, *Morin* et *D.* (*L.E.*), la Cour a confirmé la décision du juge du procès quant à la preuve de faits similaires. Ce respect envers la décision du juge du procès peut être perçu en partie comme une fonction de la nature plus générale et discrétionnaire de la règle moderne, à l'étape où la valeur probante de la preuve doit être soupesée en fonction de son effet préjudiciable. Par suite du rejet de la méthode des catégories, l'admissibilité d'une preuve de faits similaires depuis l'arrêt *Boardman* est une question qui comporte effectivement l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Morris*, le poids à accorder à la preuve est une question qui relève du juge des faits. Généralement, lorsque le juge du procès possède en droit un large pouvoir discrétionnaire, les tribunaux d'appel hésitent à s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir en l'absence d'une erreur manifeste de droit ou de compétence.

La tâche du juge des faits est très difficile et son pouvoir discrétionnaire très grand. Comme le souligne Forbes, *op. cit.*, aux pp. 54 et 55:

^j [TRADUCTION] En présence d'une preuve de faits similaires produite par la poursuite, un juge doit exercer des fonctions et des pouvoirs d'une très grande complexité.

but also the weight of the disputed evidence, although the latter task is normally one for the jury. Second, he must somehow amalgamate relevance and weight to arrive at "probative value". Third, and with due regard to the exclusory presumption, he has to outweigh that probative value, in some rough balance if [*sic*] imponderables, against any prejudice which the evidence is likely to excite in the jurors' minds.

"The relative weight of proof and prejudice vary infinitely from one case to another and the opinion of a particular judge must depend on the impression the evidence makes upon him in the light of his experience and his own sense of what is fair. It is inevitable that some cases are so close to the borderline that different judges will take different views upon them, and it is, therefore the type of case in which this court will hesitate long to disturb a ruling of the trial judge . . . (T)he matter in issue is to be determined very largely by intuitive means . . ."

Where a trial judge has properly addressed these concerns and, after weighing the evidence and its potential prejudice, arrived at a conclusion as to its admissibility, appellate courts will not lightly intervene.

Other principles of importance emerge in the recent jurisprudence. One is the view taken in *Boardman* (p. 457) that the effect of the similar fact evidence must be considered in the context of other evidence in the case. Thus Sopinka J. writes in *R. v. Morin*, at p. 370:

It is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence. Relevance is very much a function of the other evidence and issues in a case.

See also *Sutton v. The Queen* (1984), 152 C.L.R. 528 (H.C. Aust.), at pp. 532-33.

This review of the jurisprudence leads me to the following conclusions as to the law of similar fact evidence as it now stands in Canada. The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to

té. Premièrement, il doit évaluer non seulement la pertinence, mais également le poids de la preuve contestée, bien que cette dernière fonction relève habituellement du jury. Deuxièmement, il doit fusionner en quelque sorte la pertinence et le poids pour obtenir la «valeur probante». Troisièmement, et compte tenu de la présomption d'exclusion, il doit soupeser cette valeur probante, établir un certain équilibre malgré les impondérables, en regard du préjudice que la preuve risque de soulever dans l'esprit des jurés.

«Le poids relatif de la preuve et du préjudice varie infiniment d'un cas à l'autre et l'opinion d'un juge en particulier dépend de l'impression que lui donne la preuve compte tenu de son expérience et de son propre sens de la justice. Il est inévitable que certaines affaires constituent des cas limites à tel point que différents juges pourront adopter des points de vue divergents à leur sujet et c'est donc le genre d'affaires où la cour hésitera longtemps avant de modifier une décision du juge du procès . . . (L)a solution de la question en litige fait appel dans une très large mesure à l'intuition . . .»

Lorsque le juge du procès a dûment tenu compte de ces préoccupations et a conclu sur son admissibilité, après avoir soupesé la preuve et le préjudice qu'elle était susceptible de causer, les tribunaux d'appel s'abstiennent d'intervenir à la légèreté.

D'autres principes importants ressortent de la jurisprudence récente. L'un est le point de vue adopté dans l'arrêt *Boardman* (p. 457), selon lequel l'effet de la preuve de faits similaires doit être examiné en fonction des autres éléments de preuve en présence. Ainsi, le juge Sopinka écrit dans l'arrêt *R. c. Morin*, à la p. 370:

Il est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve. La pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire.

Voir également l'arrêt *Sutton v. The Queen* (1984), 152 C.L.R. 528 (H.C. Aust.), aux pp. 532 et 533.

Cet examen de la jurisprudence m'amène à tirer les conclusions suivantes quant à l'état actuel du droit en matière de preuve de faits similaires au Canada. Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à

disposition. As affirmed in *Boardman* and reiterated by this Court in *Guay, Cloutier, Morris, Morin* and *D. (L.E.)*, evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. In a case such as the present, where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception. The judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

Against this background, I turn to the facts in this case and the ruling of the trial judge.

Application of the Test for Similar Fact Evidence to this Case

The accused was charged with sexual offences against his natural daughter, who was in his custody subsequent to the death of her mother. For a time after the child came to live with the accused, he acted as one would expect of a natural father. However, within a few months thereafter he was alleged to have commenced sexual practices with the child. The girl testified that these incidents began in October or November 1981, when she was 11 years old and continued to September 1983, when she was 13. According to her, the acts occurred two or three times a week, progressing from fondling to fellatio, cunnilingus, sexual intercourse and buggery. On occasion, the girl testified, she and the accused urinated on each other.

établir la propension. Comme le dit l'arrêt *Boardman* et comme notre Cour l'a répété dans les arrêts *Guay, Cloutier, Morris, Morin* et *D. (L.E.)*, la preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception. Le juge doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et les questions autres que la propension, afin de déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel et justifie sa réception.

Compte tenu de ce qui précède, j'examine maintenant les faits de cette affaire et la décision du juge du procès.

L'application des critères relatifs à la preuve de faits similaires en l'espèce

L'appelant est accusé d'infractions d'ordre sexuel sur sa fille naturelle dont il avait la garde à la suite du décès de sa mère. Pendant une certaine période après que l'enfant fut venue vivre avec l'accusé, celui-ci s'est comporté comme on s'attend qu'un père naturel se comporte. Cependant, en l'espace de quelques mois, il aurait commencé à avoir des pratiques sexuelles avec l'enfant. Celle-ci a témoigné que ces incidents ont commencé en octobre ou novembre 1981 alors qu'elle était âgée de 11 ans et se sont poursuivis jusqu'en septembre 1983 alors qu'elle était âgée de 13 ans. Selon elle, ces événements se produisaient deux ou trois fois par semaine, allant des caresses à la fellation, au cunnilingus, aux rapports sexuels et à la sodomie. L'enfant a témoigné qu'à une occasion elle et l'accusé avaient uriné l'un sur l'autre.

The similar fact evidence which the Crown sought to adduce may be summarized as follows. Another girl, M.H.S., who was 26 at the time of trial, testified that she had been living with her mother in 1974 when the accused moved in with them. She was 15 at the time. After about six months she found the accused "comfortable to be with as a father." At the time M.H.S. had a boyfriend with whom she had sexual intercourse. M.H.S. testified that within a year of moving in, the accused began making sexual advances toward her. It started with fondling and progressed from there. Ultimately, the accused had intercourse with her five or six times. In addition, fellatio, cunnilingus and masturbation occurred. In late 1975, M.H.S. moved out of the house to live with another man, with whom she also had intercourse. After returning briefly to her mother's home, she moved out for good at age 17. At 18 she became a prostitute, and remained one for three years.

Did the trial judge err in admitting the evidence of M.H.S.? In the reasons for his ruling, he stated the correct test. He clearly proceeded on the assumption that the evidence was *prima facie* inadmissible, going on to note that its reception "depend[s] upon the probative effect of [the] evidence balanced against the prejudice caused the accused by its admission, whatever the purpose of its admission." However, he erred in later stating that the appropriate test for the probative effect of the evidence was "whether the similarities are sufficient to show that the accused had common characteristics in the methods he used in the sexual acts with [the two girls] and that it is likely that they are one and the same man." While the trial judge's concern with the degree of similarity between the two stories was proper, he appears to have viewed the similar fact evidence as going to the identity of the perpetrator, which was not in issue. As Hetherington J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, pointed out, "the admissibility of the evidence of M.H.S. depended on whether its probative value with respect to the credibility of A.L.B. [the alleged victim] out-

La preuve de faits similaires que le ministère public a tenté de produire peut se résumer ainsi. Une autre fille, M.H.S., qui était âgée de 26 ans à l'époque du procès, a témoigné qu'elle vivait avec sa mère en 1974 lorsque l'accusé a emménagé chez elles. Elle avait 15 ans à l'époque. Après six mois environ, elle a considéré qu'elle était aussi à l'aise avec l'accusé que s'il s'était agi de son propre père. À cette époque, M.H.S. avait un ami avec qui elle avait eu des rapports sexuels. M.H.S. a témoigné que moins d'un an après avoir emménagé chez elles, l'accusé a commencé à lui faire des propositions sexuelles. Il a d'abord commencé à la caresser et il est ensuite allé plus loin. Finalement, l'accusé et M.H.S. ont eu des rapports sexuels à cinq ou six reprises. De plus, des actes de fellation, de cunnilingus et de masturbation ont été commis. À la fin de 1975, M.H.S. a quitté le foyer pour aller vivre avec un autre homme avec qui elle avait également eu des rapports sexuels. Après être revenue brièvement au domicile de sa mère, elle a déménagé définitivement à l'âge de 17 ans. À 18 ans, elle est devenue une prostituée et l'est restée pendant trois ans.

Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant le témoignage de M.H.S.? Dans les motifs de sa décision, il a formulé le bon critère. Il a clairement procédé à partir du principe que la preuve était inadmissible à première vue, soulignant que sa réception [TRADUCTION] «dépend de la valeur probante de la preuve en comparaison du préjudice causé à l'accusé par son admission, quel que soit le but visé en l'admettant». Cependant, il a commis une erreur en affirmant plus loin que le critère approprié pour déterminer la valeur probante de la preuve était [TRADUCTION] «de savoir si les similitudes sont suffisantes pour établir l'existence d'éléments communs dans les méthodes utilisées par l'accusé dans ses rapports sexuels avec [les deux filles] et qu'il est probable qu'il s'agit du même homme». Bien que le juge du procès ait eu raison de se soucier du degré de similitude entre les deux versions, il semble avoir considéré que la preuve de faits similaires se rapportait à l'identité de l'auteur des infractions, ce qui n'était pas en cause. Comme le juge Hetherington l'a souligné au nom de la majorité en Cour d'appel, [TRADUCTION] «l'admissibilité du témoignage de M.H.S.

weighed its prejudicial effect" (p. 37). (Emphasis added.)

I find it difficult to conclude that this error warrants concluding that the trial judge proceeded on the wrong basis. Immediately before this statement, the trial judge set out the proper test for the reception of similar fact evidence and referred to the appropriate authorities. His reasons for convicting show that he was not at all concerned with identity, and regarded the central issue of the case to be whether the complainant should be believed. The fact that a trial judge misstates himself at one point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence. The question is whether, in the context of the ruling as a whole and all the circumstances, the error was material. In this case, I cannot conclude that it was material.

This aspect of the case is similar to *Guay v. The Queen* where the issue, as here, was the admissibility of similar fact evidence. The trial judge admitted the evidence. At the Court of Appeal, Rinfret J.A. found that the evidence was properly admissible. Crête J.A. felt that the evidence was inadmissible, but relying on s. 613 of the *Criminal Code*, concluded the conviction should stand. Dubé J.A., dissenting, found that the trial judge erred in law by incorrectly referring to an inapplicable decision, *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.) In this Court, Pigeon J. found that while the trial judge referred to *Harris*, he nevertheless relied mainly on another decision, *R. v. Campbell*, [1956] 2 All E.R. 272 (C.C.A.) As the *Campbell* decision was correctly applied and as his judgment showed that he was aware of the danger of convicting in cases of this kind, this Court concluded that there was no reason for substituting a different assessment of the evidence for his.

dépendait de la question de savoir si sa valeur probante relativement à la crédibilité d'A.L.B. [la prétendue victime] l'emportait sur son effet préjudiciable» (p. 37). (Je souligne.)

a

Il m'est difficile de conclure que cette erreur signifie que le juge du procès a procédé à partir du mauvais principe. Juste avant cette affirmation, le juge du procès a exposé le bon critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires et a fait état des autorités pertinentes. Ses raisons de déclarer l'accusé coupable indiquent qu'il ne se souciait absolument pas de l'identité et qu'il jugeait que la question cruciale en l'espèce était de savoir s'il fallait croire la plaignante. Le fait que le juge du procès s'exprime incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l'essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier la décision. Compte tenu de l'ensemble de la décision et de toutes les circonstances, la question est de savoir si l'erreur était grave. En l'espèce, je ne puis conclure qu'il s'agissait d'une erreur grave.

e

Cet aspect de l'affaire est semblable à l'arrêt *Guay c. La Reine* où il s'agissait, comme en l'espèce, de déterminer l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Le juge du procès a admis la preuve. En Cour d'appel, le juge Rinfret a conclu que la preuve était admissible à juste titre. Le juge Crête a estimé que la preuve était inadmissible mais, invoquant l'art. 613 du *Code criminel*, il a conclu que la déclaration de culpabilité devrait être confirmée. Le juge Dubé, dissident, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en mentionnant de façon incorrecte une décision inapplicable, l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (C.L.) En notre Cour, le juge Pigeon a statué que bien que le juge du procès ait mentionné l'arrêt *Harris*, il s'était néanmoins surtout appuyé sur une autre décision, l'arrêt *R. v. Campbell*, [1956] 2 All E.R. 272 (C.C.A.) Parce que l'arrêt *Campbell* a été appliqué correctement et parce que sa décision démontre qu'il était conscient du danger de déclarer quelqu'un coupable dans des cas de ce genre, la Cour a conclu qu'il n'y avait aucune raison d'évaluer la preuve différemment.

f

g

h

i

j

The difficulty may have arisen in this case from the failure of the trial judge to spell out the issue to which the similar fact evidence was relevant. It seems to me that the better practice in cases involving highly prejudicial similar fact evidence is for the judge to clearly indicate the issue to which the evidence is relevant. This is particularly the case if there is a jury. However, notwithstanding the trial judge's failure to follow this practice in the case at bar, I am satisfied on reading the whole of his reasons that he clearly appreciated that the similar fact evidence in question was relevant only to the issue of whether the complainant should be believed.

If the trial judge's erroneous reference to the issue of identity in outlining the test for similar fact evidence was not material, then that error does not undermine the validity of his decision. In these circumstances the view taken by this Court in *Morris* and affirmed in subsequent cases applies in this case, namely, that deference must be paid to the trial judge's conclusion on where the balance between prejudice and probative value lies with respect to a particular piece of similar fact evidence.

It is well established that similar fact evidence may be useful in providing corroboration in cases where identity or *mens rea* is not in issue. Andrews and Hirst, *op. cit.*, para. 15.27 write:

15.27 A third important use of similar fact evidence is to provide corroboration, particularly in cases involving sexual offences or offences against children, where the law either requires corroboration or requires the judge to warn the jury of the dangers of convicting in its absence. In many such cases there may be no possibility of mistaken identification, nor, if the witness is to be believed, any doubt as to the criminality of the acts committed. The only doubt will then be whether the complainant is indeed telling the truth.

As noted earlier, the probative value of similar fact evidence must be assessed in the context of other evidence in the case. In cases such as the present, which pit the word of the child alleged to

La difficulté en l'espèce peut avoir découlé de l'omission par le juge du procès d'expliquer clairement la question à laquelle se rapportait la preuve de faits similaires. Il me semble qu'il est préférable, dans les cas où il est question d'une preuve de faits similaires extrêmement préjudiciable, que le juge indique clairement en quoi la preuve est pertinente. Cela est encore plus vrai quand il y a un jury. Cependant, quoique le juge du procès ne l'ait pas fait en l'espèce, je suis convaincue, à la lecture de l'ensemble de ses motifs, qu'il a nettement jugé que la preuve de faits similaires en question ne se rapportait qu'à la question de savoir s'il fallait croire la plaignante.

Si la mention erronée par le juge du procès de la question de l'identité en exposant le critère applicable à la preuve de faits similaires n'est pas importante, cette erreur ne peut donc porter atteinte à la validité de sa décision. Dans ces circonstances, le point de vue adopté par notre Cour dans l'arrêt *Morris* et confirmé dans des arrêts ultérieurs s'applique en l'espèce, c'est-à-dire qu'il faut respecter la conclusion du juge du procès quant à savoir où se situe l'équilibre entre le préjudice et la valeur probante en ce qui concerne un élément particulier de la preuve de faits similaires.

Il est bien établi que la preuve de faits similaires peut être utile en matière de corroboration lorsque l'identité ou la *mens rea* ne sont pas en cause. Andrews et Hirst, *op. cit.*, écrivent au par. 15.27:

[TRADUCTION] **15.27** Une troisième utilisation importante de la preuve de faits similaires est de servir de corroboration, particulièrement dans les cas d'infractions d'ordre sexuel ou d'infractions perpétrées sur des enfants où sont imposés en droit soit la corroboration soit un avertissement du juge au jury sur les dangers de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration. Dans plusieurs de ces cas, il est peut-être impossible de commettre une erreur d'identification ou, si le témoin doit être cru, d'avoir des doutes quant à la nature criminelle des actes commis. Le seul doute sera donc de savoir si le plaignant ou la plaignante dit effectivement la vérité.

Comme je l'ai déjà souligné, la valeur probante d'une preuve de faits similaires doit s'évaluer en fonction des autres éléments de preuve en présence. Dans des cas comme celui-ci, où la parole

have been sexually assaulted against the word of the accused, similar fact evidence may be useful on the central issue of credibility.

Against that background, I turn to the similarities between the evidence of the complainant and the similar fact evidence of M.H.S. The main similarity is that in each case the accused, shortly after establishing a father-daughter relationship with the victim, is alleged to have engaged her in a sexual relationship. Additionally, the trial judge detailed similarities relating to the place and manner in which the relations occurred in the two situations. The age of the girls was different; one was sexually mature, the other only a child when the acts began. One girl was a blood relation, the other was not. While many of the acts were the same, there is no suggestion of urination with M.H.S. And there is a considerable lapse of time between the two alleged relationships.

That said, it cannot be concluded that the evidence necessarily fails the test indicated by the authorities to which I earlier referred. The fact that in each case the accused established a father-daughter relationship with the girl before the sexual violations began might be argued to go to showing, if not a system or design, a pattern of similar behaviour suggesting that the complainant's story is true. The question then is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. While I may have found this case to have been a borderline case of admissibility if I had been the trial judge, I am not prepared to interfere with the conclusion of the trial judge, who was charged with the task of weighing the probative value of the evidence against its prejudicial effect in the context of the case as a whole.

I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

d'une enfant qui aurait été agressée sexuellement est opposée à celle de l'accusé, la preuve de faits similaires peut être utile relativement à la question cruciale de la crédibilité.

a

Compte tenu de ce contexte, je passe à l'examen des similitudes entre le témoignage de la plaignante et la preuve de faits similaires de M.H.S. La principale similitude est que, dans chaque cas, on prétend que l'accusé, peu de temps après avoir établi une relation père-fille avec la victime, a incité celle-ci à avoir des rapports sexuels avec lui. En outre, le juge du procès a précisé les similitudes quant à l'endroit où les rapports ont eu lieu dans les deux cas et la manière dont ils ont eu lieu. Les filles n'étaient pas du même âge; l'une avait atteint la maturité sexuelle, l'autre était encore une enfant au moment où les actes ont commencé. L'une des filles lui était liée par le sang, l'autre ne l'était pas. Bien que plusieurs des actes aient été identiques, on ne laisse pas entendre que l'accusé et M.H.S. ont uriné l'un sur l'autre. Et beaucoup de temps s'est écoulé entre les deux relations en question.

e

Cela dit, on ne peut conclure que la preuve ne satisfait absolument pas au critère formulé par les sources que j'ai déjà mentionnées. On pourrait prétendre que le fait que, dans chaque cas, l'accusé ait établi une relation père-fille avec la victime avant que les infractions d'ordre sexuel commencent, tend à indiquer, sinon un système ou un plan, un modèle de comportement similaire permettant de croire que le récit de la plaignante est véridique. La question est donc de savoir si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Même si j'avais pu conclure que cette affaire était un cas limite en matière d'admissibilité, si j'avais été le juge du procès, je ne suis pas disposée à modifier la conclusion du juge du procès dont la tâche était de soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable en fonction de l'ensemble de l'affaire.

j

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

The reasons of Lamer and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment of Justice McLachlin and I regret that I am unable to agree with her conclusion. My disagreement is both with the application of the principles relating to similar fact evidence and the admission of the evidence in the case.

Similar Fact Evidence

There is no special rule with relation to similar fact evidence in sexual offences. The House of Lords so held in *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729, at p. 751, reaffirmed in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. At page 443, Lord Wilberforce stated:

Evidence that an offence of a sexual character was committed by A against B cannot be supported by evidence that an offence of a sexual character was committed by A against C, or against C, D and E.

There is no support in the cases in our Court for the theory that the rule has special application in sexual offences. Accordingly, evidence that the accused has a propensity to molest children or his or her own children is never admissible solely for that purpose.

In order to be admitted, the alleged similar acts must have relevance other than to simply show a general disposition to commit the crime charged. This formulation of the rule has been repeated *ad nauseam* in the cases starting with *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), and is a distillation of the two branches of Lord Herschell L.C.'s famous dictum in that case. It was summed up by Lord Goddard C.J. in the following sentence in *R. v. Sims*, [1946] K.B. 531, at p. 537:

Evidence is not to be excluded merely because it tends to show the accused to be of a bad disposition, but only if it shows nothing more.

Version française des motifs des juges Lamer et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai lu les motifs du juge McLachlin et je regrette de ne pouvoir souscrire à sa conclusion. Mon désaccord porte tant sur l'application des principes relatifs à la preuve de faits similaires que sur la recevabilité de la preuve en l'espèce.

La preuve de faits similaires

Il n'existe pas de règle particulière relative à la preuve de faits similaires en matière d'infractions d'ordre sexuel. La Chambre des lords l'a décidé dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729, à la p. 751, reconfirmé dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. À la page 443, lord Wilberforce a affirmé:

[TRADUCTION] La preuve qu'une infraction d'ordre sexuel a été commise par A contre B ne peut être confirmée par la preuve qu'une infraction d'ordre sexuel a été commise par A contre C, ou contre C, D et E.

Rien dans les arrêts de notre Cour n'appuie la thèse que la règle a une application particulière en matière d'infractions d'ordre sexuel. Par conséquent, la preuve que l'accusé a une propension à attenter à la pudeur des enfants ou de ses propres enfants n'est jamais recevable dans ce seul but.

Pour être recevable, la preuve des actes que l'on prétend être similaires doit avoir une autre pertinence que celle d'établir simplement une disposition générale à commettre le crime reproché. Cette formulation de la règle a été maintes fois répétée en jurisprudence depuis l'arrêt *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), et constitue une épuration des deux éléments des célèbres remarques incidentes du lord chancelier Herschell dans cet arrêt. Elle a été résumée par le lord juge en chef Goddard dans la phrase suivante de l'arrêt *R. v. Sims*, [1946] K.B. 531, à la p. 537:

[TRADUCTION] Il ne faut pas juger une preuve irrecevable pour la seule raison qu'elle tend à établir les mauvaises dispositions de l'accusé, mais seulement si elle ne prouve rien d'autre.

In *Phipson on Evidence* (12th ed. 1976), the rule and its application are dealt with in the following passages, at p. 175:

... evidence is not admissible

- (1) of similar acts done by himself, if they do no more than show a general disposition, habit or propensity to commit such acts and a consequent probability of his having committed the act, or possessed the state of mind in question, and
- (2) of similar acts done by others, similarly circumstanced to himself, to show that he would be likely to act as they did.

And at p. 179:

1. The admission of similar fact evidence is exceptional and requires a strong degree of probative force.

2. It is for the judge to decide firstly as a matter of law and then as a matter of discretion whether the evidence should be admitted. Two questions have to be answered: (i) is the evidence of similar fact admissible *i.e.* relevant? (ii) if so, should the judge refuse to admit it as a matter of discretion *i.e.* does the prejudicial effect of the evidence outweigh its probative force? In practice the two questions tend to merge into one. As has been noted the reason for not admitting the evidence of similar facts is that such evidence may weigh too heavily with a jury. Hence the question can be put in this way: is there sufficient probative force in the similar fact evidence to get over the first hurdle of relevance and then over the much more difficult hurdle of outweighing the prejudicial effect?

This approach has been uniformly accepted by this Court before and after the decision in *Boardman, supra*. In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 732, Pratte J., for the majority, quoted with approval the following passage from the judgment of Lord Salmon in *Boardman*:

... The test must be—is the evidence capable of tending to persuade a reasonable jury of the accused's guilt on some ground other than his bad character and disposition to commit the sort of crime with which he is charged?

He continued at pp. 734-35:

This is a case for the application of the rule in *Rance and Herron* (1975), 62 Cr. App. R. 118, at p. 121,

Phipson on Evidence (12^e éd. 1976) traite de la règle et de son application dans les passages suivants, à la p. 175:

[TRADUCTION] ... est irrecevable la preuve

- ^a (1) d'actes similaires accomplis par lui-même si ces actes ne font qu'établir une disposition, une habitude ou une propension générales à commettre de tels actes et, par conséquent, une probabilité qu'il a commis l'acte ou qu'il avait l'état d'esprit en question, et
- ^b (2) d'actes similaires accomplis par d'autres dans des circonstances semblables à celles dans lesquelles il se trouvait pour établir qu'il serait probable qu'il agisse comme eux.

^c Et, à la p. 179:

[TRADUCTION] 1. La recevabilité d'une preuve de faits similaires est exceptionnelle et exige une très grande force probante.

^d 2. Il appartient au juge de décider, d'abord comme question de droit et ensuite en vertu de son pouvoir discrétionnaire, s'il y a lieu d'admettre la preuve. Il faut répondre à deux questions: (i) la preuve de faits similaires est-elle recevable, c'est-à-dire pertinente? (ii) dans l'affirmative, le juge devrait-il refuser de l'admettre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire, l'effet préjudiciable de la preuve l'emporte-t-il sur sa force probante? En pratique, les deux questions ont tendance à se confondre. Comme on l'a déjà souligné, ^e c'est parce que le jury peut accorder trop d'importance à la preuve de faits similaires qu'elle est écartée. La question peut donc se formuler ainsi: la preuve de faits similaires a-t-elle suffisamment de force probante pour surmonter le premier obstacle de la pertinence et ensuite ^f l'obstacle beaucoup plus difficile qui consiste à déterminer si elle l'emporte sur son effet préjudiciable?

Tant avant qu'après l'arrêt *Boardman*, précité, notre Cour, à l'unanimité, a retenu cette interprétation. Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, à la p. 732, le juge Pratte, au nom de la majorité, a approuvé l'extrait suivant des motifs de lord Salmon dans l'arrêt *Boardman*:

[TRADUCTION] ... Le critère doit être—la preuve est-elle susceptible de convaincre un jury raisonnable de la culpabilité de l'accusé pour une raison autre que sa mauvaise réputation et sa disposition à commettre le type d'acte criminel qui lui est imputé?

^j Il a poursuivi, aux pp. 734 et 735:

Il y a lieu d'appliquer ici la règle qui était énoncée dans *Rance and Herron* (1975), 62 Cr. App. R. 118, à la

regarding similar fact evidence, which was recently approved in *Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125, at p. 129:

... The gist of what is being said both by Lord Cross and by Lord Salmon is that evidence is admissible as similar fact evidence if, but only if, it goes beyond showing a tendency to commit crimes of this kind and is positively probative in regard to the crime now charged. That, we think, is the test which we have to apply on the question of the correctness or otherwise of the admission of the similar fact evidence in this case.

In *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, McIntyre J., speaking for the full Court, reiterated the application of the *Makin* principle but after assessing the effect of *Boardman* concluded that the categories referred to in Lord Herschell L.C.'s famous passage, while useful as illustration of the way in which similar facts may be relevant, were not exhaustive. At page 954 he states:

The general principle enunciated in the *Makin* case by Lord Herschell, should be borne in mind in approaching this problem. The categories, while sometimes useful, remain only as illustrations of the application of that general rule.

In *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-3, Lamer J. stated:

Thus came about, as a primary rule of exclusion, the following: disposition, *i.e.*, the fact that the accused is the sort of person who would be likely to have committed the offence, though relevant, is not admissible. As a result evidence adduced solely for the purpose of proving disposition is itself inadmissible, or, to put it otherwise, evidence the sole relevancy of which to the crime committed is through proof of disposition, is inadmissible.

Disposition the nature of which is of no relevance to the crime committed has no probative value and as such is as any other fact irrelevant and for that reason excluded. [Emphasis in original.]

And at p. 204:

Its sole relevancy is through proof of the accused's disposition, the reasoning being as follows: that, because persons who are traffickers are more likely to keep such

p. 121, au sujet de la preuve de faits similaires, et qui était récemment approuvée dans l'arrêt *Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125, à la p. 129:

[TRADUCTION] ... Lord Cross et lord Salmon disent essentiellement que la preuve de faits similaires est admissible seulement si elle démontre plus qu'une tendance à commettre des actes criminels de cette nature et si elle a vraiment une valeur probante relativement à l'acte criminel présentement imputé. Tel est, à notre avis, le critère qu'il faut appliquer pour décider si la preuve de faits similaires a, en l'espèce, été admise à bon droit.

Dans l'arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, le juge McIntyre, au nom de la Cour au complet, a répété que le principe de l'arrêt *Makin* s'appliquait mais, après avoir évalué l'effet de l'arrêt *Boardman*, il a conclu que les catégories mentionnées dans le célèbre passage du lord chancelier Herschell, bien qu'utiles pour illustrer la façon dont les faits similaires peuvent être pertinents, n'étaient pas exhaustives. À la page 954, il a affirmé:

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

Dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 à 203, le juge Lamer a affirmé:

D'où l'avènement de ce qui suit, comme règle d'exclusion fondamentale: la propension, c.-à-d. le fait que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre l'infraction en cause, bien que pertinente, n'est pas admissible en preuve. Par conséquent, est inadmissible la preuve produite à seule fin d'établir la propension; en d'autres termes, est inadmissible la preuve dont l'unique lien avec l'infraction perpétrée est qu'elle établit la propension.

La propension, si elle ne se rapporte pas au crime perpétré, n'a aucune valeur probante; elle est donc non pertinente au même titre que tout autre fait du même genre et doit pour cette raison être exclue. [Souligné dans l'original.]

Et, à la p. 204:

L'article est pertinent à un seul titre, savoir qu'il établit la propension de l'accusé; on en arrive à cette conclusion par le raisonnement suivant: parce que les trafiquants

information than not, people who keep such information are more likely to be traffickers than people who do not, and that a person who traffics is more likely to have committed the alleged offence than a person who does not. The ultimate purpose of placing the accused in the first category (people who keep such information for future reference) is to put him in a category of people the character of which indicates a propensity to commit the offences of which he was charged. This is clearly inadmissible evidence.

It is apparent from the foregoing that a crucial factor in the application of the rule is identification of the probative value of the evidence. It must be identified in order to determine whether the evidence has relevance beyond mere propensity, and if it does, whether its probative value exceeds its prejudicial effect.

As stated by Wilson J. in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 943:

In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of the inference that can be drawn.

In the majority judgment in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, we stated it as follows, at p. 121:

The process of reasoning therefore is to determine whether the evidence of similar acts has probative value in relation to a fact in issue, other than its tendency to lead to the conclusion that the accused is guilty because of the disposition to commit certain types of wrongful acts. If the evidence has such probative value, the court must then determine whether its probative value is sufficient to justify its admissibility, notwithstanding the prejudicial tendency of such evidence.

To have probative value the evidence must be susceptible of an inference relevant to the issues in the case other than the inference that the accused committed the offence because he or she has a disposition to the type of conduct charged: *Morris v. The Queen*, *supra*, per Lamer J., at p. 203. In that case the evidence was admitted because the majority, although agreeing with the observation of Lamer J. with respect to relevance, disagreed "with his characterization of the newspaper clipping in this case as evidence indicating only a

sont davantage susceptibles de garder de tels renseignements, les gens qui conservent ce type de renseignements sont plus susceptibles d'être des trafiquants que les gens qui ne le font pas, et l'infraction reprochée est plus susceptible d'avoir été commise par un trafiquant que par un non-trafiquant. En situant l'accusé dans la première catégorie (celle des gens qui conservent de tels renseignements pour consultation future), on vise finalement à le situer dans une catégorie de gens dont la réputation indique une propension à commettre les infractions en cause. Il s'agit là d'une preuve nettement irrecevable.

Il ressort de ce qui précède qu'un facteur capital dans l'application de la règle est l'estimation de la valeur probante de la preuve. Elle doit être évaluée pour déterminer si la pertinence de la preuve vise davantage que la simple propension et, dans l'affirmative, si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable.

Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 943:

Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer.

Dans les motifs de la majorité dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, nous avons dit ce qui suit, à la p. 121:

La démarche intellectuelle consiste donc à déterminer si la preuve d'actes similaires a une valeur probante à l'égard d'un fait litigieux, outre sa tendance à mener à la conclusion que l'accusé est coupable en raison de sa disposition à commettre certains types d'actes illicites. Si la preuve a une telle valeur probante, la cour doit alors décider s'il s'agit d'une valeur probante qui suffit pour justifier son admissibilité en dépit de sa tendance préjudiciable.

Pour avoir une valeur probante, la preuve doit pouvoir permettre une déduction pertinente relativement aux questions de l'affaire autre que la simple déduction que l'accusé a commis l'infraction en raison de sa propension au type de conduite qu'on lui reproche: *Morris c. La Reine*, précité, le juge Lamer, à la p. 203. Dans cet arrêt, la preuve a été admise parce que les juges de la majorité, bien que d'accord avec la remarque du juge Lamer quant à la pertinence, n'ont pas souscrit «à la façon dont il qualifie la coupure de journal en l'espèce,

disposition on the part of the appellant” (*per* McIntyre J., at p. 191 (emphasis added)). The law excludes this logically relevant evidence because “its logically probative significance is considered to be grossly outweighed by its prejudice to the accused, so that a fair trial is endangered if it is admitted” (*per* Lord Simon in *Kilbourne*, *supra*, at p. 757). As in the case of relevance, evidence can be logically probative but not legally probative. When the term “probative value” is employed in the cases, reference is made to legally probative value.

The principal reason for the exclusionary rule relating to propensity is that there is a natural human tendency to judge a person’s action on the basis of character. Particularly with juries there would be a strong inclination to conclude that a thief has stolen, a violent man has assaulted and a pedophile has engaged in pedophilic acts. Yet the policy of the law is wholly against this process of reasoning. This policy is reflected not only in similar acts cases but as well in the rule excluding evidence of the character of the accused unless placed in issue by him. The stronger the evidence of propensity, the more likely it is that the forbidden inference will be drawn and therefore the greater the prejudice.

I am unable therefore to subscribe to the theory that in exceptional cases propensity alone can be the basis for admissibility. To say that propensity may have probative value in a sufficiently high degree to be admissible is a contradiction in terms. It is tantamount to saying that when the danger of the application of the forbidden line of reasoning is the strongest, the evidence can go in. The view has been expressed that this change in the principles outlined above was made in *Boardman*, *supra* (see L. H. Hoffmann, “Similar Facts after *Boardman*” (1975), 91 *L.Q.R.* 193, at p. 202).

The suggestion that *Boardman* effected a radical change in the law is not borne out by an analysis of the respective speeches in the House of

soit de preuve indiquant seulement une propension de la part de l’appelant» (le juge McIntyre, à la p. 191 (je souligne)). Le droit écarte cette preuve logiquement pertinente parce qu’ [TRADUCTION] «on juge que son préjudice pour l’accusé l’emporte considérablement sur sa valeur logiquement probante, de sorte que l’équité du procès est compromise si elle est admise» (lord Simon dans l’arrêt *Kilbourne*, précité, à la p. 757). Comme dans le cas de la pertinence, la preuve peut être logiquement probante mais non juridiquement probante. Lorsque l’expression «valeur probante» est employée dans les arrêts, il s’agit de la valeur juridiquement probante.

La principale raison de la règle d’exclusion relative à la propension est qu’il existe une tendance tout à fait humaine à juger les actes d’une personne en fonction de son caractère. Surtout avec des jurys, la tentation serait forte de conclure qu’un voleur a volé, qu’un homme violent a commis des voies de fait et qu’un pédophile s’est livré à des actes de pédophilie. Cependant, les principes du droit vont tout à fait à l’encontre de ce mode de raisonnement. Ces principes jouent non seulement dans les cas d’actes similaires mais également dans la règle qui écarte la preuve de moralité de l’accusé à moins que celui-ci ne la mette lui-même en cause. Plus forte est la preuve de la propension, plus grand est le risque d’arriver à la déduction interdite et donc plus grand est le préjudice.

Je ne puis donc souscrire à la théorie que, dans des cas exceptionnels, la propension à elle seule peut justifier la recevabilité. Affirmer que la propension peut avoir une valeur probante suffisamment élevée pour être recevable est une contradiction en soi. Cela revient à dire que c’est lorsque le danger du mode de raisonnement interdit est le plus grand, que la preuve peut être admise. On a dit que ce changement dans les principes décrits précédemment a été effectué dans l’arrêt *Boardman*, précité (voir L. H. Hoffmann, «Similar Facts after *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193, à la p. 202).

L’idée que l’arrêt *Boardman* a été à l’origine d’un changement radical dans le droit n’est pas confirmée par l’analyse des opinions exprimées à la

Lords. In my opinion, the *Makin* decision was affirmed subject to the following: the view expressed by Viscount Simon in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, that the second limb of Lord Herschell L.C.'s dictum contained illustrations of relevance which are not exhaustive was reaffirmed. Furthermore, it was held that in some circumstances, acts of the accused are admissible notwithstanding their tendency to show propensity if those acts have a close or striking similarity to the act charged. The presence of such common characteristics between the acts of the appellant Boardman as testified to by the two complainant boys made the evidence of each seem probable. This conclusion could be reached only after excluding the possibility of collaboration between them after rejecting the hypothesis that the similarities might be due to coincidence.

Lord Morris affirmed *Makin* subject to the qualification I have mentioned. At page 441 he stated:

There is no such specific rule which would automatically give admissibility. But there may be cases where a judge, having both limbs of Lord Herschell L.C.'s famous proposition (*Makin v. Attorney-General for New South Wales* [1894] A.C. 57, 65) in mind, considers that the interests of justice (of which the interests of fairness form so fundamental a component) make it proper that he should permit a jury when considering the evidence on a charge concerning one fact or set of facts also to consider the evidence concerning another fact or set of facts if between the two there is such a close or striking similarity or such an underlying unity that probative force could fairly be yielded. [Emphasis added.]

Earlier, at p. 440, he approved of the following passage from the judgment of the Court of Appeal in *Kilbourne*:

What, for example, did Gary's evidence prove in relation to John's on count 1? The answer must be that his evidence, having the striking features of the resemblance between the acts committed on him and those alleged to have been committed on John, makes it more likely that John was telling the truth when he said that the appellant had behaved in the same way to him. [Emphasis added.]

Chambre des lords. À mon avis, on a confirmé l'arrêt *Makin* sous réserve de ce qui suit: l'opinion du vicomte Simon dans l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, selon laquelle le deuxième élément de la remarque du lord chancelier Herschell comportait des exemples de pertinence qui n'étaient pas exhaustifs, a été confirmée. En outre, on a conclu que, dans certaines circonstances, la preuve d'actes de l'accusé est recevable sans égard à leur tendance à établir la propension si ces actes ont une similarité étroite ou frappante avec l'acte reproché. L'existence de tels éléments communs entre les actes de l'appellant Boardman, d'après le témoignage des deux garçons plaignants, faisait en sorte que le témoignage de chacun semblait vraisemblable. On ne pouvait parvenir à cette conclusion qu'après avoir écarté la possibilité de collaboration entre eux et après avoir rejeté l'hypothèse que les similarités pouvaient résulter d'une coïncidence.

Lord Morris a confirmé l'arrêt *Makin* sous la réserve susmentionnée, et a affirmé (à la p. 441):

[TRADUCTION] Il n'existe aucune règle particulière qui rendrait automatique la recevabilité. Mais il peut y avoir des cas où un juge, s'appuyant sur les deux éléments de la célèbre affirmation du lord chancelier Herschell (*Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65), estime que les intérêts de la justice (dont ceux de l'équité sont un élément fondamental) le justifie de permettre à un jury, lorsqu'il examine la preuve relative à une accusation concernant un fait ou une série de faits d'examiner également la preuve concernant un autre fait ou une autre série de faits s'il existe entre les deux une telle similarité étroite ou frappante ou une telle unité sous-jacente que la force probante peut en être déduite raisonnablement. [Je souligne.]

Auparavant, à la p. 440, il a approuvé l'extrait suivant de l'arrêt *Kilbourne* de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Par exemple, qu'établit le témoignage de Gary par rapport à celui de John, concernant le premier chef? La réponse est que son témoignage, possédant les aspects frappants de ressemblance entre les actes qui ont été commis sur lui et ceux que l'on prétend avoir été commis sur John, rend plus probable le fait que John disait la vérité lorsqu'il a dit que l'appellant s'était comporté de la même façon envers lui. [Je souligne.]

Lord Wilberforce stated at p. 444:

The basic principle must be that the admission of similar fact evidence (of the kind now in question) is exceptional and requires a strong degree of probative force. This probative force is derived, if at all, from the circumstance that the facts testified to by the several witnesses bear to each other such a striking similarity that they must, when judged by experience and common sense, either all be true, or have arisen from a cause common to the witnesses or from pure coincidence. [Emphasis added.]

Lord Hailsham explained the rule at p. 453:

It is perhaps helpful to remind oneself that what is *not* to be admitted is a chain of reasoning and not necessarily a state of facts. If the inadmissible chain of reasoning is the *only* purpose for which the evidence is adduced as a matter of law, the evidence itself is not admissible. If there is some other relevant, probative purpose than for the forbidden type of reasoning, the evidence is admitted, but should be made subject to a warning from the judge that the jury must eschew the forbidden reasoning. [Emphasis in original.]

This explanation was adopted by this Court in *R. v. D. (L.E.)*, *supra*, at p. 120.

Lord Cross seems to support the theory that previous conduct that was simply evidence of propensity could on occasion be admitted. At page 456, he refers to *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911, a case in which the accused who had committed two previous murders was charged with a third. All were committed in a peculiar fashion. In the opinion of Lord Cross, the evidence of the two previous murders was admissible even though "it was simply evidence to show that Straffen was a man likely to commit a murder of a particular kind" (p. 457). Nevertheless it is clear from his reasons that Lord Cross admitted the similar fact evidence not because it showed a general disposition to homosexual acts with boys but because there were sufficient striking similarities in the evidence of each boy to rule out coincidence, collaboration having been negated. At page 460, Lord Cross states:

Lord Wilberforce a affirmé, à la p. 444:

[TRADUCTION] Le principe fondamental doit être que la recevabilité d'une preuve de faits similaires (du genre en question ici) est exceptionnelle et exige une force probante très élevée. Cette force probante, s'il en est, résulte de ce que les faits qui ressortent du témoignage de plusieurs témoins ont entre eux une telle similarité frappante que lorsqu'on les examine à la lumière de l'expérience et du bon sens ils sont tous exacts ou résultent d'une cause commune à tous les témoins ou de la pure coïncidence. [Je souligne.]

Lord Hailsham a expliqué la règle, à la p. 453:

[TRADUCTION] Il est peut-être utile de se rappeler que ce qui *ne doit pas* être admis est un raisonnement et non pas nécessairement un état de faits. Si le raisonnement inadmissible constitue l'*unique* fin de la production de la preuve en droit, la preuve elle-même est inadmissible. Si elle a une fin pertinente et probante autre que celle d'étayer le raisonnement défendu, la preuve est admise, mais le juge doit avertir le jury de ne pas adopter ce raisonnement défendu. [En italique dans l'original.]

Notre Cour a fait sienne cette explication dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)*, précité, à la p. 120.

Lord Cross semble admettre la théorie que la conduite antérieure qui constitue simplement une preuve de la propension pourrait parfois être admise. À la page 456, il mentionne l'arrêt *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911, une affaire dans laquelle l'accusé qui avait commis deux meurtres antérieurement était accusé d'un troisième meurtre. Ils avaient tous été commis d'une façon particulière. De l'avis de lord Cross, la preuve des deux meurtres antérieurs était recevable même [TRADUCTION] «s'ils constituaient simplement une preuve pour établir que Straffen était un homme qui était susceptible de commettre un meurtre d'un genre particulier» (p. 457). Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de ses motifs que lord Cross a admis la preuve de faits similaires non pas parce qu'elle établissait l'existence d'une disposition générale à des relations homosexuelles avec des garçons mais parce qu'il y avait suffisamment de similarités frappantes dans le témoignage de chaque garçon pour écarter la coïncidence, la collaboration ayant été exclue. À la page 460, lord Cross affirme:

On the other hand, I think that when you have so few as two instances you need to proceed with great caution. It is by no means unheard of for a boy to accuse a schoolmaster falsely of having made homosexual advances to him. If two boys make accusations of that sort at about the same time independently of one another then no doubt the ordinary man would tend to think that there was "probably something in it." But it is just this instinctive reaction of the ordinary man which the general rule is intended to counter and I think that one needs to find very striking peculiarities common to the two stories to justify the admission of one to support the other. [Emphasis added.]

Lord Salmon, after expressly affirming the principles in *Makin*, *supra*, stated, at p. 462:

The test must be: is the evidence capable of tending to persuade a reasonable jury of the accused's guilt on some ground other than his bad character and disposition to commit the sort of crime with which he is charged? [Emphasis added.]

Support for the proposition that evidence of general disposition to commit certain kinds of criminal acts is admissible solely for that purpose can be found only in the reasons of Lord Cross. His example using *Straffen* can be questioned. While the evidence in that case certainly was open to the inference he suggests, it was not admitted simply to show propensity to commit murder. The *modus operandi* was so similar that it provided positive evidence of identity. The basis for admitting the evidence, therefore, was relevance other than mere propensity.

The decisions of this Court since *Boardman* have interpreted *Boardman* in the manner that I have outlined above and have not espoused the theory that evidence adduced solely for the purpose of showing general disposition is admissible.

Furthermore, this analysis accords with the view expressed by the learned author of *Cross on Evidence* (6th ed. 1985). After quoting the passage from the reasons of Lord Hailsham, referred to above, that "what is *not* to be admitted is a chain of reasoning and not necessarily a state of facts", he comments, at p. 316: "This is a most important

[TRADUCTION] D'autre part, je pense que lorsque vous n'avez que deux cas, vous devez procéder avec beaucoup de prudence. Il n'est pas rare qu'un garçon accuse à tort un professeur de lui avoir fait des avances homosexuelles. Si deux garçons portent de telles accusations au même moment indépendamment l'un de l'autre, il n'y a pas de doute que l'homme ordinaire aurait tendance à penser qu'il y a «probablement quelque chose de vrai dans cela.» Mais c'est justement cette réaction instinctive de l'homme ordinaire que vise à contrecarrer la règle générale et je pense qu'il faut trouver des éléments communs très frappants entre les deux histoires pour justifier la recevabilité de l'une en vue de supporter l'autre. [Je souligne.]

Après avoir expressément confirmé les principes de l'arrêt *Makin*, précité, lord Salmon a affirmé, à la p. 462:

[TRADUCTION] Le critère doit être le suivant: la preuve est-elle susceptible de convaincre un jury raisonnable de la culpabilité de l'accusé pour une raison autre que sa mauvaise réputation et la disposition à commettre le genre de crime qui lui est reproché? [Je souligne.]

Lord Cross, dans ses motifs, est le seul à appuyer l'affirmation que la preuve de la disposition générale à commettre certains genres d'actes criminels est recevable à cette seule fin. On peut mettre en doute son exemple de l'arrêt *Straffen*. Bien que la preuve dans cet arrêt ait certainement donné lieu à la déduction qu'il propose, elle n'a pas été admise simplement pour établir la propension à commettre le meurtre. La façon de faire était tellement semblable qu'elle apportait une preuve concluante de l'identité. Par conséquent, c'était la pertinence plutôt que la simple propension qui justifiait la recevabilité de la preuve.

Dans les arrêts qu'elle a rendus depuis l'arrêt *Boardman*, notre Cour a interprété cet arrêt de la façon décrite précédemment et n'a pas retenu la théorie que la preuve présentée dans le seul but d'établir la disposition générale est recevable.

En outre, cette analyse est conforme à l'opinion du savant auteur de *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985). Après avoir cité l'extrait des motifs de lord Hailsham reproduits antérieurement selon lequel "ce qui *ne doit pas* être admis est un raisonnement et non pas nécessairement un état de faits", il fait la remarque suivante, à la p. 316: [TRADUCTION]

requirement, and understood correctly, helps make the similar facts rule much more comprehensible.”

In summing up the section on Scope of the Rule, he states, at p. 321:

It can now be seen that evidence revealing the accused's discreditable disposition is excluded under the similar facts rule only when such disposition is an essential step in the argument. If the evidence of disposition is irrelevant, it is excluded for that reason. If it is relevant, but upon a line of argument unconnected with the accused's discreditable disposition, it is, in principle, admissible, but remains subject to exclusion by way of judicial discretion if its prejudicial effect is regarded as sufficiently outweighing its probative value.

The learned author acknowledges that a case such as *Straffen, supra*, appears to be an exception to the view expressed by Lord Hailsham but opines that in such a case the evidence would have to be strong enough that it was equivalent to finding fingerprints at the scene of the crime (p. 334).

When similar fact evidence is admitted on the basis that the accused committed the other acts in a highly distinctive manner, its admission may appear to depart from the policy that evidence of propensity alone is not to be admitted. Is such evidence admitted solely for the purpose of advancing the inference that because the accused was of a certain general disposition, the offence charged was committed by him or her? There is, in my view, a distinction between evidence of general character and *modus operandi*. What the law seeks to forbid is a process of reasoning that would condemn the accused because of the accused's character as a thief, a fraud, a liar or a person of violent character. On the other hand, a highly individualized *modus operandi* is tantamount to evidence that the accused left his or her calling card. The process of reasoning which connects the accused to the crime charged is the same as in the case of other evidence of identification and is distinguishable from the prohibited line of reasoning. For example, if an accused charged with safe-cracking is shown to be a notorious safe-cracker and one of two or three people in the

«C'est une condition extrêmement importante et, comprise correctement, elle rend plus compréhensible la règle des faits similaires».

a En résumant la partie relative à la portée de la règle, il affirme, à la p. 321:

[TRADUCTION] On comprend maintenant que la preuve révélant la disposition indigne de l'accusé n'est écartée en vertu de la règle des faits similaires que lorsque cette disposition est une étape essentielle de l'argument. Si la preuve de la disposition n'est pas pertinente, elle est écartée pour cette raison. Si elle est pertinente, mais selon des arguments qui n'ont aucun lien avec la disposition indigne de l'accusé, elle est en principe recevable mais susceptible encore d'être écartée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire si on estime que son effet préjudiciable l'emporte suffisamment sur sa valeur probante.

d Le savant auteur reconnaît qu'une décision comme l'arrêt *Straffen*, précité, semble être une exception à l'opinion de lord Hailsham, mais estime que, dans un tel cas, la preuve devrait être suffisamment solide pour être l'équivalent de la découverte d'empreintes sur les lieux du crime (p. 334).

Lorsque la preuve de faits similaires est admise parce que l'accusé a commis les autres actes d'une manière très caractéristique, son admission peut sembler déroger au principe que la preuve de la seule propension ne doit pas être admise. Cette preuve est-elle admise dans le seul but de favoriser la déduction que, parce que l'accusé a une certaine disposition générale, il a commis l'infraction reprochée? À mon avis, il y a une distinction entre une preuve relative à la moralité en général et une façon de faire. Ce que le droit veut interdire est un raisonnement qui condamnerait l'accusé en raison de sa réputation de voleur, de fraudeur, de menteur ou de personne violente. Par ailleurs, une façon de faire très individualisée équivaut à une preuve que l'accusé a laissé sa carte de visite. Le raisonnement qui relie l'accusé au crime reproché est identique à celui suivi dans le cas d'autres preuves d'identification et se différencie du raisonnement interdit. Par exemple, si on établit que le prévenu, accusé d'avoir percé un coffre-fort, est un perceur de coffre-fort connu, et un des deux ou trois seuls gens du métier qui soient capables de résoudre les complexités d'un mécanisme de sécu-

business who is capable of solving the intricacies of a particular security device, there are two aspects to the evidence. The accused is a safe-cracker and he has special expertise. No doubt if the evidence goes in, both aspects are capable of connecting him to the crime. Only the second aspect is permitted. I do not find it inappropriate to characterize the evidence in its second aspect as relevant to identity. If in a particular case the trial judge is of the opinion that a distinction between the two aspects is too subtle, then the admissibility of the evidence will be decided by weighing its probative value against its prejudicial effect: how great is the danger that the first aspect will predominate, and does the value of the evidence in its second aspect justify its reception?

This aspect of the law of similar acts need not be fully resolved in this case because the reception of the evidence is sought to be justified on traditional grounds. The trial judge treated it as relevant to identity while the Court of Appeal said it was relevant to the credibility of the complainant. McLachlin J. supports its admission on the latter ground and, perhaps what amounts to the same thing, as evidence useful to corroborate the evidence of the complainant. I now turn to consider the evidence in this case and whether it is admissible on these bases.

Application to This Case

Although my colleague and I differ somewhat on the interpretation of *Boardman*, the test for admission is stated by her to be as follows (at p. 732):

... evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

Her reasons also refer to the rejection of the category approach to which I have alluded and to the tendency "to accord a high degree of respect to the decision of the trial judge" (p. 733). The

rité particulier, la preuve comporte deux aspects. L'accusé est un perceur de coffre-fort et possède une expertise particulière. Nul doute que si la preuve est acceptée les deux aspects peuvent relier l'accusé au crime. Seul le second aspect est admis. Je n'estime pas inexact de qualifier la preuve relative au second aspect comme une preuve pertinente relativement à l'identité. Si, dans un cas particulier, le juge du procès est d'avis que la distinction entre les deux aspects est trop subtile, la recevabilité de la preuve sera alors déterminée par une évaluation de sa force probante par rapport à son effet préjudiciable: quel est le risque que le premier aspect supplante le second, et la valeur de la preuve en ce qui concerne son second aspect justifie-t-elle sa recevabilité?

Il n'est pas nécessaire de résoudre en l'espèce toutes les difficultés que présente cet aspect du droit relatif aux actes similaires puisqu'on tente de justifier la recevabilité de la preuve par des moyens traditionnels. Le juge du procès a décidé qu'elle était pertinente relativement à l'identité alors que la Cour d'appel a affirmé qu'elle était pertinente relativement à la crédibilité de la plaignante. Le juge McLachlin justifie son admission en vertu de ce dernier motif et, ce qui revient peut-être à la même chose, comme preuve utile pour corroborer le témoignage de la plaignante. J'examine maintenant la preuve en l'espèce pour déterminer si elle est recevable en fonction de ces moyens.

L'application en l'espèce

Bien que ma collègue et moi-même n'interprétions pas exactement de la même façon l'arrêt *Boardman*, elle formule de la façon suivante le critère de recevabilité (à la p. 732):

... la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Dans ses motifs, elle mentionne également le rejet de la méthode des catégories à laquelle j'ai fait allusion et souligne la tendance «à largement respecter la décision du juge du procès» (p. 733). On

probative value of the evidence is stated to be its relevance to the "issue of whether the complainant should be believed" (p. 738) and corroboration. Probative value apparently is used in the sense to which I have referred above.

I agree with my colleague's statement that it is important for the trial judge to spell out the relevance of the evidence and the issue to which it relates. This the trial judge did not do. Indeed, at two separate stages of the trial he misstated its relevance. In his reasons on the *voir dire*, he stated:

In my view the admissibility of the evidence depends on whether the similarities are sufficient to show that the accused had common characteristics in the methods he used in the sexual acts with [the complainant and M.H.S.] and that it is likely that they are one and the same man.

This was repeated at the trial. Nowhere in the reasons is there any assessment of the prejudicial effect versus the probative value. It is pure speculation, then, to say that he treated the evidence as relevant to the issue of the credibility of the complainant. Having twice expressly stated it was relevant to an issue which is conceded to be in error, one would need to have some indication in the language in the reasons that the error had been corrected. I can find nothing.

Nevertheless, assuming his statement accepting the evidence of the complainant can be construed as relating the similar fact evidence to that issue, in my opinion that is an insufficient identification of relevance to an issue. The Crown's case was based almost entirely on the evidence of the complainant. The defence was a denial of the complaint. Any relevant evidence having the tendency to show guilt could be said to be relevant to the issue of credibility of the complainant. The credibility of the complainant is co-extensive with the issue of innocence or guilt. To say that evidence supports the credibility of the complainant is to say no more than that the evidence supports guilt. That could equally be said if the evidence was admitted for the purpose of showing that the appellant was guilty because he engaged in similar conduct on a prior occasion. More specific identifi-

dit que la valeur probante de la preuve est sa pertinence relativement à la «question de savoir s'il [faut] croire la plaignante» (p. 738) et à la corroboration. La valeur probante est apparemment ^a utilisée dans le sens que j'ai souligné précédemment.

Je partage l'opinion de ma collègue qu'il est important que le juge du procès précise la pertinence de la preuve et la question à laquelle elle se rapporte. Le juge du procès ne l'a pas fait. En effet, à deux étapes distinctes du procès, il n'a pas décrit correctement la pertinence de la preuve. Dans ses motifs sur le voir-dire, il a affirmé:

^c [TRADUCTION] À mon avis, la recevabilité de la preuve dépend de la question de savoir si les similitudes sont suffisantes pour établir l'existence d'éléments communs dans les méthodes utilisées par l'accusé dans ses rapports sexuels avec [la plaignante et M.H.S.] et qu'il est probable qu'il s'agit du même homme.

Il a répété cela au procès. Nulle part dans les motifs il n'est fait mention de l'évaluation de l'effet préjudiciable par rapport à la valeur probante. Par conséquent, affirmer qu'il considérerait la preuve pertinente à la question de la crédibilité de la plaignante relève de la pure spéculation. Comme il a affirmé deux fois expressément, et à tort, que la preuve était pertinente à une question, il faudrait trouver dans le texte des motifs certaines indications que l'erreur a été corrigée. Je ne trouve rien.

Quoi qu'il en soit, à supposer que son affirmation par laquelle il a accepté le témoignage de la plaignante puisse relier la preuve de faits similaires à cette question, j'estime que c'est une identification insuffisante de la pertinence au regard d'une question en litige. La thèse du ministère public était fondée presque entièrement sur le témoignage de la plaignante. La défense consistait à nier la plainte. On pouvait dire que toute preuve pertinente de nature à établir la culpabilité était pertinente à la question de la crédibilité de la plaignante. La crédibilité de la plaignante est de même portée que la question de l'innocence ou de la culpabilité. Affirmer que la preuve appuie la crédibilité de la plaignante revient tout simplement à dire que la preuve appuie la culpabilité. On pourrait dire la même chose si la preuve était admise en vue d'établir que l'appellant était coupable parce

cation is required. In *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384, McLachlin J.A. (as she then was) referred, at p. 400, to the trial judge's characterization of similar fact evidence as relevant to background:

To tell the jury that they could regard the evidence as "background" was, in my opinion, inadequate and calculated to mislead. "Background" is a loose phrase, capable of bearing many meanings, including the general inference which the law forbids that, because the accused acted wrongly on a prior occasion, he likely did so on the occasions giving rise to the charge.

Second, I think the jury should have been told that the evidence could only be used for the limited purpose of establishing sexual passion and rebutting the defence of innocent association. In this connection, I think it would have been helpful to tell the jury that if they did not draw the inference of sexual passion from the evidence of the accused's prior misconduct, they should disregard the evidence.

This dissenting judgment was substantially affirmed on appeal to this Court (*R. v. D. (L.E.)*, *supra*).

That statement has application here. Although not a jury trial, the relevance of the evidence must be identified and its use for a purpose not prohibited by law identified.

The fact that the alleged similar facts had common characteristics with the acts charged, could render them admissible, and, therefore, supportive of the evidence of the complainant. In order to be admissible, however, it would be necessary to conclude that the similarities were such that absent collaboration, it would be an affront to common sense to suggest that the similarities were due to coincidence: see Lord Simon of Glaisdale in *Kilbourne*, *supra*, at p. 759. Only then could it be said that it was more probable than not that the complainant was telling the truth. There is nothing in the reasons of the trial judge to suggest that the evidence was considered in light of these principles.

qu'il s'était livré auparavant à une conduite semblable. Une identification plus précise est requise. Dans l'arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384, le juge McLachlin de la Cour d'appel (tel était alors son titre) a dit ce qui suit, à la p. 400, au sujet de la description par le juge du procès d'une preuve de faits similaires comme preuve pertinente relativement au contexte:

[TRADUCTION] À mon avis, dire au jury qu'il pouvait considérer la preuve comme faisant partie du «contexte» était inadéquat et visait à l'induire en erreur. Le terme «contexte» est vague et peut comporter plusieurs sens, y compris la déduction générale interdite en droit que, parce que l'accusé a mal agi en une occasion antérieure, il est probable qu'il ait agi de la même façon à l'occasion des faits donnant lieu à l'accusation.

Deuxièmement, je pense qu'il aurait fallu dire au jury que la preuve pouvait seulement être utilisée dans le but restreint d'établir la passion sexuelle et de réfuter le moyen de défense de l'association innocente. Sous ce rapport, je pense qu'il aurait été utile de dire au jury que s'il ne pouvait conclure à la passion sexuelle à partir de la preuve de l'inconduite antérieure de l'accusé, il devait écarter la preuve.

Cette opinion dissidente a été confirmée en grande partie par notre Cour (*R. c. D. (L.E.)*, précité).

Cette affirmation s'applique en l'espèce. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un procès devant jury, la pertinence de la preuve doit être identifiée ainsi que son utilisation dans un but qui n'est pas interdit en droit.

Étant donné que les faits similaires allégués avaient des caractéristiques communes avec les actes reprochés, ils pouvaient être recevables et, par conséquent, confirmer le témoignage de la plaignante. Cependant, pour qu'ils soient recevables, il faudrait conclure que les similitudes étaient telles qu'en l'absence de collaboration, il serait contraire au sens commun de laisser entendre que les similitudes relevaient de la coïncidence: voir lord Simon of Glaisdale dans l'arrêt *Kilbourne*, précité, à la p. 759. Ce n'est qu'à ce moment que l'on pourrait affirmer qu'il était plus probable que la plaignante dise la vérité. Rien dans les motifs du juge du procès n'indique qu'il a examiné la preuve en tenant compte de ces principes.

Nor can the fact that similar fact evidence is useful as corroborative evidence of the testimony of children be a basis for admissibility. Before evidence can be treated as corroborative, it must be found to be admissible. It cannot be rendered admissible because it is corroborative. This is made clear by Professor J. A. Andrews and Mr. M. Hirst in *Criminal Evidence* (1987), at p. 337, para. 15.29, which follows the paragraph cited by my colleague. They state:

It has subsequently been stressed that the admissibility of similar fact evidence never depends on whether there is other evidence which it can corroborate. Admissibility depends solely on its inherent cogency or probative force. Once admitted, it may then follow that there is other evidence which it serves to corroborate; but this is a consequence of admissibility, not a precondition for it.

In considering the admissibility of the evidence in this case, I observe that no attempt appears to have been made to negative the possibility of collaboration. No questions were directed to Crown witnesses to determine whether this possibility existed. The Crown, who must persuade the trial judge that the evidence has probative value, has the burden of proof. In England it appears that the mere possibility of collaboration is sufficient to exclude the evidence. In *Boardman, supra*, at p. 444, Lord Wilberforce stated:

In the sexual field, and in others, this may be a real possibility: something much more than mere similarity and absence of proved conspiracy is needed if this evidence is to be allowed. This is well illustrated by *Reg. v. Kilbourne* [1973] A.C. 529 where the judge excluded "intra group" evidence because of the possibility, *as it appeared to him*, of collaboration between boys who knew each other well. This is, in my respectful opinion, the right course rather than to admit the evidence unless a case of collaboration or concoction is made out. [Emphasis in original.]

In my view, the Crown must negative conspiracy or collaboration in accordance with the criminal standard. This is a requirement that applies whenever a preliminary finding of fact is a precondition to the admissibility of evidence tendered by the Crown. I see no reason to espouse the tougher British standard.

L'utilité de la preuve de faits similaires pour corroborer le témoignage des enfants ne peut pas servir non plus de fondement à sa recevabilité. Avant d'utiliser cette preuve comme preuve corroborante, il faut conclure qu'elle est recevable. Elle ne peut devenir recevable parce qu'elle est corroborante. Le professeur J. A. Andrews et M. M. Hirst l'expliquent clairement dans l'ouvrage *Criminal Evidence* (1987), à la p. 337, par. 15.29, qui suit le paragraphe cité par ma collègue. Ils affirment:

[TRADUCTION] On a souligné ultérieurement que la recevabilité de la preuve de faits similaires ne dépend jamais de la question de savoir s'il existe d'autres preuves qu'elle peut corroborer. La recevabilité dépend seulement de sa pertinence inhérente ou de sa force probante. Une fois admise, il peut alors s'ensuire qu'il existe d'autres preuves qu'elle vient corroborer; mais il s'agit d'une conséquence de la recevabilité, non d'une condition préalable à celle-ci.

En examinant la recevabilité de la preuve en l'espèce, je note qu'on ne semble pas avoir tenté de nier la possibilité de la collaboration. Aucune question n'a été posée aux témoins du ministère public pour déterminer si cette possibilité existait. Le ministère public, qui doit convaincre le juge du procès que la preuve a une valeur probante, a le fardeau de cette preuve. En Angleterre, il semble que la simple possibilité de la collaboration suffise à écarter la preuve. Dans l'arrêt *Boardman*, précité, à la p. 444, lord Wilberforce a affirmé:

[TRADUCTION] En matière sexuelle, et dans d'autres domaines, cela peut être une possibilité réelle: il faut beaucoup plus qu'une simple similitude et une absence de preuve de complot pour que cette preuve soit admise. Cela ressort clairement de l'arrêt *Reg. v. Kilbourne*, [1973] A.C. 529, dans lequel le juge a écarté la preuve «provenant de l'intérieur du groupe» en raison de la possibilité, *telle qu'il la percevait*, de collaboration entre des garçons qui se connaissaient bien. À mon avis, il s'agit là de la bonne façon de procéder plutôt que d'admettre la preuve sauf lorsque la collaboration ou le complot sont établis. [En italique dans l'original.]

À mon avis, le ministère public doit écarter le complot ou la collaboration conformément à la norme de droit criminel. C'est une exigence applicable chaque fois qu'une conclusion de fait préliminaire est une condition préalable à la recevabilité d'une preuve produite par le ministère public. Je ne vois aucune raison de retenir la norme anglaise plus sévère.

There is then the further question of coincidence. Are the common characteristics in the evidence of the two girls so unusual that it would be against common sense to conclude that they are not both telling the truth? In this connection, the observation of Lord Cross in *Boardman*, quoted above, is helpful. We have only two instances and should proceed with caution. They are separated by a considerable passage of time and as well there are material differences which are detailed in the reasons of Harradence J.A. in the Court of Appeal. McLachlin J. stresses that in each case the appellant established a father relationship. As her statement of the facts indicates, the appellant was the father of one child and he enjoyed a father-daughter relationship with the other. These are not unusual facts and indeed are neutral. In any case, where it is alleged that a father has had an incestuous relationship with two of his children, this fact will be common to both. If one or both girls are not telling the truth, is it unlikely that they would both have said that the appellant established a father relationship with them? Obviously not, because that happened irrespective of whether the balance of their evidence is true.

In *Boardman*, Lord Wilberforce expressed the fear that the case, "if regarded as an example, may be setting the standard of "striking similarity" too low" (p. 445). While it is unfashionable to compare the facts of different cases, I fear that if this evidence is admitted, we are setting it so low as to be virtually non-existent.

Notwithstanding the rejection of the evidence, the trial judge could have accepted the evidence of the complainant and rejected the evidence of the appellant. If the evidence excluded all reasonable doubt, the appellant would be convicted. I am unable to say what would have occurred if the similar fact evidence had been rejected by the trial judge. Accordingly, I would direct a new trial. The appeal is therefore allowed and a new trial directed.

Il y a maintenant l'autre question de la coïncidence. Les éléments communs dans le témoignage des deux filles sont-ils si inhabituels qu'il serait contraire au sens commun de conclure qu'elles ne disent pas toutes les deux la vérité? À cet égard, la remarque précitée de lord Cross dans l'arrêt *Boardman* est utile. Nous n'avons que deux cas et nous devrions procéder avec prudence. Ils sont séparés par un laps de temps considérable et il existe également des différences importantes qui sont précisées dans les motifs du juge Harradence de la Cour d'appel. Le juge McLachlin souligne que dans chaque cas l'appelant a établi une relation père-fille. Comme elle l'indique dans son résumé des faits, l'appelant était le père d'une enfant et avait une relation père-fille avec l'autre. Ces faits ne sont pas inhabituels, ils sont d'ailleurs neutres. Quoi qu'il en soit, lorsqu'on allègue qu'un père a eu une relation incestueuse avec deux de ses enfants, ce fait devient un élément commun aux deux. Si les deux filles, ou l'une d'elles, ne disent pas la vérité, est-il invraisemblable qu'elles auraient affirmé que l'appelant avait établi une relation père-fille avec elles? Non, de toute évidence, parce que cela s'est produit sans égard à la question de savoir si le reste de leur témoignage est véridique.

Dans l'arrêt *Boardman*, lord Wilberforce a exprimé la crainte que l'affaire, [TRADUCTION] «si on la considère comme un exemple, puisse placer la norme de la «similarité frappante» à un niveau trop bas» (p. 445). Bien qu'il ne soit plus de pratique courante de comparer les faits de différentes espèces, je crains qu'en admettant cette preuve, nous établissions une norme très faible, voire pratiquement inexistante.

Nonobstant le rejet de la preuve, le juge du procès aurait pu accepter le témoignage de la plaignante et rejeter le témoignage de l'appelant. Si la preuve écartait tout doute raisonnable, l'appelant devait être déclaré coupable. Je ne puis dire ce qui ce serait produit si la preuve de faits similaires avait été rejetée par le juge du procès. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le pourvoi est donc accueilli et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Appeal dismissed, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart, Calgary.

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

Pourvoi rejeté, les juges LAMER et SOPINKA sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Singleton Urquhart, Calgary.

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

Marc André Greffe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GREFFE

File No.: 20763.

1989: November 27, 28; 1990: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Alleged violations of right to counsel and of right to freedom from unreasonable search and seizure — Accused searched at customs for illegal drugs — Accused then arrested for outstanding traffic warrants and rectal examination conducted — Heroin found in anal cavity and accused charged with importing heroin — Whether or not right to counsel and right to freedom from unreasonable search and seizure infringed — If so, whether or not real evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

The R.C.M.P. alerted Canada Customs at Calgary, on the basis of confidential information, that the appellant was returning from abroad with an unknown quantity of heroin. A visual personal search was conducted when nothing was found in appellant's luggage. Appellant was not informed of his right to counsel—the facts arose before this Court's judgment in *Simmons*—and no evidence indicated that appellant had read a poster advising persons not wishing to be searched of their right to have the proposed search reviewed by a justice of the peace, police magistrate or a Senior Customs Officer. No drugs were found. Appellant was then arrested, informed of his right to counsel, and advised that a doctor would perform a body search at a hospital. A condom containing heroin was removed from appellant's anal cavity.

The testimony of the police officers conflicted with respect to appellant's arrest. The notes of one constable

Marc André Greffe *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. GREFFE

N° du greffe: 20763.

1989: 27, 28 novembre; 1990: 12 avril.

b

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

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

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Allégations de violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Fouille de l'accusé aux douanes à la recherche de drogues illégales — Accusé alors arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et soumis à un examen rectal — Découverte d'héroïne dans la cavité anale de l'accusé qui a été accusé d'importation d'héroïne — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'écartier les éléments de preuve matérielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

La GRC a avisé les douanes canadiennes de Calgary que, selon des renseignements confidentiels, l'appelant revenait de l'étranger en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne. On a procédé à l'inspection visuelle de l'appelant après n'avoir rien découvert dans ses bagages. L'appelant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat—ces faits se sont produits avant l'arrêt de notre Cour dans *Simmons*—et rien dans la preuve n'indique si l'appelant a lu une affiche qui informait les personnes qui ne voulaient pas se soumettre à une fouille qu'elles avaient le droit de faire vérifier la fouille projetée par un juge de paix, un magistrat de police ou un agent supérieur des douanes. Aucune drogue n'a été découverte. L'appelant a alors été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et avisé qu'il serait soumis à une fouille corporelle par un médecin, dans un hôpital. On a retiré de la cavité anale de l'appelant un condom contenant de l'héroïne.

Les témoignages des policiers ne concordent pas au sujet de l'arrestation de l'appelant. Les notes d'un poli-

indicated that appellant had been arrested for traffic warrants. Another constable testified that appellant had been arrested for importing heroin although his notes indicated no reason for the arrest. The first reference in his notes to charging the appellant with a narcotics offence referred to a time after the rectal search and after the earlier notation in the other constable's notes about arresting the appellant for outstanding traffic warrants. The appellant was ultimately charged with two counts under the *Narcotic Control Act*, one of unlawfully importing heroin and one of being in unlawful possession of heroin for the purpose of trafficking.

The focal point of the trial was the admissibility of the heroin as evidence. The trial judge excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and acquitted the appellant in the absence of any evidence to support the charges against him. He found that the airport arrest was spurious, that appellant's right to obtain and instruct counsel had been tainted and that the violation of that right resulted in a gross infringement of the accused's rights pursuant to s. 8 to be secure against an unreasonable search. A majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in excluding the evidence. Given respondent's concession that ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter* had been violated, the only issue to be considered was whether the evidence ought to have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

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

Per Lamer, La Forest, Wilson and Gonthier JJ.: The factors to be balanced in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute can be organized into three categories. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. The purpose of the section is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings.

cier indiquent que l'appelant a été mis en état d'arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. Un autre policier a témoigné que l'appelant avait été mis en état d'arrestation pour importation d'héroïne, même si ses notes n'indiquaient pas le motif de l'arrestation. D'après ses notes, l'appelant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants après la fouille rectale et après la mention, déjà portée dans les notes de l'autre agent, que l'appelant était arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Deux chefs d'accusation ont finalement été déposés contre l'appelant en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*: il a été accusé d'importation illégale d'héroïne et de possession illégale d'héroïne en vue d'un trafic.

Le procès a été axé sur l'admissibilité en preuve de l'héroïne. Le juge du procès a écarté la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a prononcé l'acquiescement de l'accusé vu l'absence totale d'élément de preuve susceptible d'étayer les accusations portées contre lui. Il a conclu que l'arrestation à l'aéroport avait été truquée, que le droit de l'appelant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avait été violé et que la violation de ce droit avait entraîné un atteinte grave aux droits dont jouissait l'appelant, en vertu de l'art. 8, à la protection contre les fouilles abusives. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve. L'intimée ayant reconnu l'existence des violations de l'art. 8 et des al. 10a) et b) de la *Charte*, la seule question en litige à trancher est de savoir si la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

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

Les juges Lamer, La Forest, Wilson et Gonthier: Les facteurs à soupeser pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice peuvent se classer en trois catégories. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. L'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance.

The key component of the *Collins* "test" to determine the admissibility of evidence in this appeal is the second set of factors, namely the seriousness of the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In respect of the first factor, the fairness of the trial, what was involved was real evidence, the existence of which did not depend on the *Charter* violations. Therefore, the admission of the evidence at trial would not, generally speaking, render the trial unfair.

Although the Crown conceded that whether there were reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin was a live issue, the Crown at no point established that those grounds existed or even led evidence in support of their existence. The absence of any inquiry to determine whether or not the confidential information amounted to reasonable and probable grounds for believing that the accused was carrying heroin was extremely important since it went to the assessment of the seriousness of the *Charter* violations, and more specifically the element of good or bad faith on the part of the police in conducting the search.

Confidential information supplied by a reliable informant may provide the "reasonable and probable grounds to believe". A mere conclusory statement made by an informer to a police officer does not constitute reasonable grounds. Highly relevant are whether the informer's tip contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any indicia of his or her reliability.

Absent reasonable and probable grounds, the misinformation regarding the reason for the arrest takes on a more serious complexion. Nothing was put on the record on which the trial judge could have assessed whether or not the confidential information gave rise to reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was carrying heroin. The conclusion that reasonable and probable grounds existed by reference to the results of the search was in error. The doubt should be resolved against the Crown since it did fail in its obligation to establish those grounds.

The premise that the search proceeded as incident to an arrest for outstanding traffic warrants was unescapable. The trial judge had erred in law by concluding that the police had reasonable and probable grounds based on the results of the search and the record revealed no evidence to support the existence of the grounds beyond

L'élément clé du «critère» de l'arrêt *Collins* applicable pour déterminer l'admissibilité de la preuve en l'espèce est le second ensemble de facteurs, c'est-à-dire la gravité des violations des art. 8 et 10 de la *Charte*. Pour ce qui est du premier facteur, l'équité du procès, il s'agissait d'une preuve matérielle dont l'existence ne dépendait pas des violations de la *Charte*. Donc l'utilisation de la preuve au procès n'aurait pas pour effet généralement de le rendre inéquitable.

Même si la poursuite a reconnu que la question des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession était encore en litige, à aucun moment durant le procès, elle n'a prouvé l'existence de ces motifs, ni présenté quelque preuve tendant à prouver leur existence. L'absence de tout examen visant à déterminer si les renseignements confidentiels fournissaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait de l'héroïne est extrêmement importante puisqu'elle touche l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* et, plus précisément, l'élément de bonne ou de mauvaise foi des policiers au moment de procéder à la fouille.

Les renseignements fournis par un informateur fiable peuvent fournir les «motifs raisonnables et probables de croire». La simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un «motif raisonnable». Parmi les questions très pertinentes, il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur.

En l'absence de motifs raisonnables et probables, le faux renseignement quant au motif de l'arrestation revêt un caractère plus grave. Rien n'a été produit au dossier qui aurait pu permettre au juge du procès de déterminer si les renseignements confidentiels suscitaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de l'héroïne. Conclure qu'il existait des motifs raisonnables et probables en invoquant les résultats de la fouille constitue une erreur. Il faut lever le doute en concluant contre le ministère public puisque ce dernier n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombait d'établir l'existence de ces motifs.

On ne peut que présumer que la fouille a été exécutée accessoirement à l'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables à cause des résultats de la fouille et le dossier ne comporte aucun élément de preuve établissant

a conclusory statement by the police. This conclusion was the most determinative factor in this case.

The violation of the s. 10 right to counsel goes to the very reasonableness of the search. The appellant, if given the reason for the detention and the right to counsel, might have afforded himself an opportunity to contact counsel to have the "confidential information" on which the search allegedly was based tested to see if there were indeed reasonable and probable grounds to conduct the strip search let alone the rectal examination.

The gravity of the *Charter* violations is increased by a number of factors. The relationship between the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter* renders the violations more serious than if the breach of s. 10 had been very remote from the strip search. The violation is very serious, however, given that the rectal examination was conducted as incident to an arrest for traffic warrants occasioned by unproved suspicion that the appellant was in possession of heroin. It is the intrusive nature of the rectal search and considerations of human dignity and bodily integrity that demand the high standard of justification before such a search will be reasonable.

There was no urgency or immediate necessity to conduct the rectal examination in order to prevent the loss or destruction of the evidence. The detention of the accused in order to facilitate the recovery of the drugs through the normal course of nature would have been reasonable if the police had reasonable and probable grounds for believing that he was a drug courier.

Finally, more than one *Charter* violation was at issue. The breaches of the appellant's *Charter* rights were not isolated errors of judgment by the police, but rather were part of a larger pattern of disregard for the appellant's *Charter* rights.

The seriousness of the cumulative effect of the *Charter* violations weighed in favour of excluding the evidence, notwithstanding the fact that the evidence recovered was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations and that its admission therefore would not negatively affect the adjudicative fairness of the appellant's trial.

The Court must also consider the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice. Here, the administration of the justice system would be

l'existence de ces motifs, hormis l'affirmation non étayée des policiers. Cette conclusion constitue le facteur le plus déterminant de l'espèce.

La violation du droit à l'assistance d'un avocat, que ^a garantit l'art. 10, entache le caractère raisonnable de la fouille. Si l'appellant avait connu le motif de sa détention et eu la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat, il aurait peut-être profité de cette possibilité de communiquer avec un avocat pour faire vérifier les «renseignements confidentiels» qui justifiaient, a-t-on dit, la fouille afin de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à nu et surtout à l'examen rectal.

Un certain nombre de facteurs contribue à augmenter ^c la gravité des violations de la *Charte*. Le lien qui existe entre les violations des art. 8 et 10 de la *Charte* rend ces violations plus graves que si celle de l'art. 10 avait été très étrangère à la fouille à nu. Toutefois, la violation est très grave si on considère que l'examen rectal a été ^d exécuté accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation, découlant de simples soupçons que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. Ce sont le caractère envahissant de la fouille rectale et les considérations relatives au respect de la dignité humaine et de l'intégrité corporelle qui commandent une norme sévère de justification pour qu'une telle fouille soit raisonnable.

Il n'était pas urgent, ni même nécessaire dans l'immédiat, de procéder à la fouille rectale pour éviter la perte ^f ou la destruction de la preuve. Il aurait été raisonnable de détenir l'accusé dans le but de récupérer la drogue en attendant que la nature fasse son œuvre, si les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire qu'il transportait de la drogue.

Enfin, plus d'une violation de la *Charte* est en cause. ^g Les violations des droits que l'appellant avait en vertu de la *Charte* n'ont pas été le fruit d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais elles sont plutôt le résultat d'un mépris systématique des droits que la ^h *Charte* garantissait à l'appellant.

La gravité de l'effet cumulatif des violations de la *Charte* appelle l'exclusion des éléments de preuve, même si la preuve obtenue constituait une preuve matérielle ⁱ qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et si son utilisation ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'appellant.

La Cour doit aussi tenir compte des conséquences à long terme qu'aura sur la considération dont jouit l'administration de la justice l'utilisation ou l'exclusion régulière de ce genre de preuve. En l'espèce, l'adminis-

brought into greater disrepute if this Court were to condone, taking the record as it is given by the police and the prosecution, the practice of using an arrest for traffic warrants as an artifice to conduct a rectal examination of an accused who the police do not have reasonable and probable grounds to believe is carrying drugs. Further, the inference of extreme bad faith on the part of the police which arises from their deliberate failure to provide the appellant with the proper reason for the arrest cannot be condoned. This is especially so when the right to counsel and the right to be secure against unreasonable searches are involved.

This Court's assessment of whether the evidence should be excluded should not be influenced by the knowledge that the appellant must have known that he was in possession of the drugs. To do so would be to import an *ex post facto* chain of reasoning that finds no place in an inquiry pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting): Whether or not evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* depends on: (1) its effect on the fairness of the trial; (2) the seriousness of the *Charter* violation; and, (3) the effect of excluding the evidence on the repute of the legal system. No one factor is determinative.

The admission of the heroin would not have a detrimental impact on adjudicative fairness. Real evidence, by its nature, rarely has such an impact.

The factors to be considered in determining the seriousness of the *Charter* violations generally favour the admissibility of the evidence.

The arrest for outstanding traffic warrants was irrelevant. Authority for the search was found in the arrest made subsequent to the finding of the drugs. (This arrest was made with due regard for all the appellant's *Charter* rights.) A search undertaken prior to an arrest may still be incidental to the subsequent arrest, if reasonable and probable grounds existed for that prior search, and therefore legal in terms of s. 450 of the *Criminal Code*.

The issue of whether reasonable and probable grounds existed was central to a determination of whether the search and seizure complied with s. 8 of the *Charter*. The "totality of the circumstances" must be examined in making that determination; no one factor should domi-

tration du système de justice serait davantage déconsidérée si notre Cour excusait, compte tenu du dossier présenté par la police et le ministère public, la pratique du recours à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation comme artifice pour faire subir un examen rectal à un accusé au sujet duquel les policiers n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'il transporte de la drogue. De plus, la mauvaise foi exceptionnelle dont ont fait preuve les policiers en omettant délibérément de donner à l'appelé le véritable motif de son arrestation est inexcusable. Il en est particulièrement ainsi quand le droit à l'assistance d'un avocat et le droit à la protection contre les fouilles abusives sont en cause.

Le fait que l'appelant devait savoir qu'il avait de la drogue en sa possession ne doit pas influencer la décision de notre Cour d'utiliser ou d'écarter la preuve. Agir ainsi reviendrait à s'en remettre à une forme de raisonnement après le fait qui n'a pas sa place dans une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents): La décision d'écarter ou non des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* dépend: (1) de l'effet de son utilisation sur l'équité du procès, (2) de la gravité de la violation de la *Charte*, et (3) de l'effet de son exclusion sur la considération dont jouit le système judiciaire. Aucun de ces facteurs n'est déterminant à lui seul.

L'utilisation en preuve de l'héroïne n'aurait pas de répercussions négatives sur l'équité du procès. À cause de sa nature, une preuve matérielle a rarement un tel effet.

Les facteurs à examiner pour déterminer la gravité des violations de la *Charte* favorisent de manière générale l'admissibilité de la preuve.

L'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation est non pertinente. La justification de la fouille découle de l'arrestation subséquente à la découverte de la drogue. (Cette arrestation a été faite dans le respect de tous les droits dont l'appelant jouissait en vertu de la *Charte*.) Une fouille commencée avant une arrestation peut demeurer accessoire à l'arrestation qui la suit, s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder d'abord à la fouille et elle est donc légale en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*.

La question de savoir s'il existait des motifs raisonnables et probables est cruciale pour déterminer si la fouille et la saisie étaient conformes à l'art. 8 de la *Charte*. Il faut examiner «l'ensemble des circonstances» pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables de

nate the analysis. Here, the R.C.M.P. had reasonable grounds to arrest and search the appellant and consequently the search was conducted under lawful authority.

The inference that reasonable and probable grounds did not exist cannot be drawn from the fact that little was put in evidence as to the reliability of the informant, who in fact proved reliable. Given the jurisprudential vacuum at the time of the search, the police did all that reasonably could be expected of them in following up the confidential information before deciding to search and arrest the appellant.

The police did not act in "bad faith" in arresting the appellant for outstanding traffic violations. Indeed, the fact that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel indicated that the police acted in "good faith" in their dealings with the appellant.

The conduct of the authorities did not amount to a "pattern of disregard" given that the appellant was informed that he had a right to retain and instruct counsel without delay before he was taken to the hospital for the body cavity search. Although the police violated the appellant's right to be informed promptly of the reason for his arrest, the infringement would be far more grievous if no counsel warning had been given at all. Finally, there was no evidence of malice on the part of the authorities towards the appellant nor of any mistreatment.

The appellant's manifest culpability weighed heavily in favour of the admission of the real evidence. The reasonable person would be shocked and appalled to learn that an accused, unquestionably guilty of importing a sizable amount of heroin, was acquitted of all charges because of what amounted to a slip of the tongue by a police officer when the accused was arrested and read his s. 10 counsel rights.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **considered:** *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498; **distinguished:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; **referred to:** *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475; *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v.*

procéder à une fouille; aucun facteur ne doit dominer à lui seul l'analyse. En l'espèce, la GRC avait des motifs raisonnables d'arrêter et de fouiller l'appelant de sorte que la fouille était autorisée par la loi.

a On ne peut conclure qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables du fait qu'on a mis en preuve peu de choses sur la fiabilité de l'informateur qui s'est, en fait, révélé fiable. En raison du vide jurisprudentiel qui existait au moment de la fouille en cause, les policiers ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux en vérifiant les renseignements confidentiels avant de décider de fouiller et d'arrêter l'appelant.

b Les policiers n'ont pas agi de «mauvaise foi» en arrêtant l'appelant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. En réalité, le fait d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat indique que les agents de police ont agi de «bonne foi» dans leurs rapports avec lui.

c La conduite des autorités n'a pas constitué «un mépris systématique» puisque l'appelant a été informé de son droit de recourir sans délai à l'assistance d'un avocat avant d'être amené à l'hôpital pour la fouille des cavités corporelles. Même si les policiers ont violé le droit de l'appelant d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation, cette violation aurait été beaucoup plus grave si on avait complètement omis d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. Enfin, il n'y a aucune preuve de malveillance de la part des autorités envers l'appelant ni aucune preuve de mauvais traitement.

d La culpabilité manifeste de l'appelant fait fortement pencher la balance en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle. Une personne raisonnable serait consternée et scandalisée d'apprendre qu'un accusé, indubitablement coupable d'avoir importé une assez grande quantité d'héroïne, a été acquitté relativement à tous les chefs d'accusation parce qu'un agent de police a fait un lapsus au moment d'arrêter l'accusé et de l'aviser de ses droits à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10.

h Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts examinés:** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; **arrêts mentionnés:** *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), conf. [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475; *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c.*

Stevens (1983), 7 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450 [rep. & sub. c. 2 (2nd Supp.), s. 5].
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 5(1), 10(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, 84 A.R. 96, 41 C.C.C. (3d) 257, 62 C.R. (3d) 272, 34 C.R.R. 234, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of importing a narcotic and possession for the purpose of trafficking. Appeal allowed, Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Lorne W. Scott, Q.C., and *Terrence Semenuk*, for the appellant.

B. A. MacFarlane, Q.C., and *Shelagh R. Creagh*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of Justice Lamer in this appeal. He has described accurately the facts and the lower court judgments, and I will repeat neither here. I would emphasize at the outset in the strongest terms that the events in question occurred in March 1984,

Duguay, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), conf. [1989] 2 R.C.S. 1140; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450 [abr. & rempl. ch. 2 (2^e supp.), art. 5].
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 5(1), 10(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, 84 A.R. 96, 41 C.C.C. (3d) 257, 62 C.R. (3d) 272, 34 C.R.R. 234, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des inculpations d'importation d'un stupéfiant et de possession en vue d'un trafic. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

Lorne W. Scott, c.r., et *Terrence Semenuk*, pour l'appellant.

B. A. MacFarlane, c.r., et *Shelagh R. Creagh*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le juge Lamer. Il a relaté fidèlement les faits et les jugements des tribunaux d'instance inférieure et je ne reprendrai pas cet exposé ici. Je souligne immédiatement le fait que les événements en cause ici se sont produits en mars 1984, avant le

prior to the release of many of the judgments referred to by Lamer J., including: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), upheld by this Court, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. The police, therefore, had not been alerted to the procedural safeguards which subsequently have been established by this body of jurisprudence. I agree that the sole issue in this case is the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, with respect, I find myself in disagreement with Lamer J.'s conclusion that the violations of the legal rights of the appellant in the appeal justify the exclusion of the evidence, namely, the heroin found in the body cavity of the appellant.

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) was stated first in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and I restated the method of analysis, writing for a majority of this Court, in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

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

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

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consider-

prononcé d'un bon nombre des arrêts mentionnés par le juge Lamer, dont *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), confirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Les policiers n'avaient donc pas été avisés des garanties en matière de procédure établies par la suite en vertu de cette jurisprudence. Je reconnais que la seule question en litige en l'espèce est l'application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, en toute déférence, je ne partage pas la conclusion du juge Lamer que les violations des garanties juridiques de l'appelant en cause ici justifient l'exclusion de la preuve, savoir l'héroïne trouvée dans une cavité corporelle de l'appelant.

La méthode adoptée par notre Cour pour déterminer l'admissibilité des éléments de preuve en application du par. 24(2) a d'abord été énoncée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et j'ai exposé à nouveau cette méthode d'analyse, au nom des juges formant la majorité de notre Cour, dans *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

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

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

Finalement, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation

ation is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

I propose to deal with each set of factors in turn because, in my opinion, no one factor is determinative of the issue.

Fairness of the Trial

In my view, the nature of the evidence strongly militates against its exclusion. In *Collins, supra*, this Court recognized that real evidence, by its nature, if admitted will rarely have a detrimental impact upon adjudicative fairness (p. 284). More recently, this Court has had occasion to deal specifically with the issue of the admissibility, pursuant to s. 24(2), of real evidence of narcotics found during customs searches at airports. In *Simmons, supra*, a strip search was conducted upon the appellant Simmons in contravention of her s. 10(b) and s. 8 *Charter* rights. The search revealed cannabis resin. It was the majority opinion of the Court that the admission of the evidence would not unfairly affect the trial of the appellant (at p. 534):

Unlike the situation in *Therens, supra*, the accused here was in no way conscripted against herself. The admission of the evidence in this case, in contrast to *Therens*, would therefore not tend to affect adversely the fairness of the trial process.

Similarly, in *Jacoy, supra*, the appellant Jacoy's s. 10(b) rights were infringed during a customs search which uncovered cocaine in his personal belongings. Writing for a majority of the Court, I held that the evidence was properly admissible (at p. 559):

Evidence of narcotics is real evidence that existed independently of the *Charter* violation. This factor distinguishes this appeal from *Therens*, where the evidence was created by the accused as a result of the violation. Admission of evidence of this latter sort detracts from the fairness of the trial process, real evidence does not.

de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Je me propose d'aborder chaque groupe de facteurs à tour de rôle, puisqu'à mon avis aucun ne détermine l'issue du pourvoi à lui seul.

b L'équité du procès

J'estime que la nature de la preuve milite fortement en faveur de son utilisation. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a reconnu que l'utilisation d'une preuve matérielle, à cause de la nature de celle-ci, aura rarement des répercussions négatives sur l'équité du procès (p. 284). Notre Cour a eu l'occasion, plus récemment, de se pencher précisément sur la question de l'admissibilité, en application du par. 24(2), d'une preuve matérielle composée de stupéfiants trouvés à l'occasion de fouilles douanières effectuées dans des aéroports. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, l'appelante Simmons a subi une fouille à nu contrairement aux droits que lui garantissaient l'al. 10b) et l'art. 8 de la *Charte*. La fouille a permis de découvrir de la résine de cannabis. Notre Cour, à la majorité, a statué que l'utilisation de cette preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès de l'appelante (à la p. 534):

Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Therens*, précitée, l'accusée en l'espèce n'était aucunement conscrite contre elle-même. L'utilisation de la preuve en l'espèce, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Therens* n'aurait donc pas tendance à compromettre le caractère équitable du procès.

De même, dans l'arrêt *Jacoy*, précité, les droits garantis à l'appelant Jacoy par l'al. 10b) ont été violés pendant une fouille douanière qui a permis de trouver de la cocaïne dans ses effets personnels. Au nom de la majorité, j'ai conclu que cette preuve était admissible à bon droit (à la p. 559):

Les stupéfiants découverts constituent une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Ce facteur distingue le présent pourvoi de l'affaire *Therens* où la preuve avait été créée par l'accusé par suite de la violation reprochée. L'utilisation de ce dernier genre d'éléments de preuve nuit à l'équité du procès, alors que ce n'est pas le cas d'une preuve matérielle.

I find these recent decisions to be of direct application to the case at bar. Although the *Charter* violation in issue is said to be an infringement of the appellant's counsel rights, the nature of the evidence is real evidence and not self-incriminating statements goaded from the accused by the authorities during the period in which counsel rights were denied. Consequently, the admission of the evidence would not have a detrimental impact upon the trial process. This set of factors, then, strongly favours the admission of the heroin into evidence.

Seriousness of the *Charter* Violation

The second group of factors to be considered in a determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) can be grouped together under the general heading of the "seriousness of the *Charter* violation". Unlike Lamer J., I do not find these factors to be dispositive of this appeal. Rather, in my view, they generally favour the admissibility of the evidence.

I agree with Lamer J. that the question whether the R.C.M.P. had "reasonable and probable grounds" for their belief that the accused was in possession of a narcotic is fundamental to the analysis. First, if grounds for that belief were present, then the police were lawfully entitled to arrest the appellant in respect of a narcotics offence pursuant to s. 450 (now s. 495) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Once lawfully arrested, the police indisputably were entitled to conduct a search of the appellant's person for narcotics, on the basis of the legislative authority in s. 450: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. Thus, if the belief held by the police that the appellant was in possession of heroin is found to be reasonably based, the search itself is "clothed in legality", to use the respondent's turn of phrase, and the failure to arrest for the proper offence can be characterized as a trivial violation of the appellant's *Charter* rights.

Furthermore, authority for the search can be found in the arrest made subsequent to the finding

Je trouve que ces derniers arrêts s'appliquent directement à l'espèce. Bien que la violation de la *Charte* en cause en l'espèce soit qualifiée d'atteinte aux droits de l'appelant à l'assistance d'un avocat, la preuve est de nature matérielle et il ne s'agit pas de déclarations incriminantes que les autorités ont soutirées à l'accusé pendant qu'on lui niait ses droits à l'assistance d'un avocat. En conséquence, l'utilisation de cette preuve n'aurait pas de répercussions négatives sur le procès. Ce groupe de facteurs milite fortement en faveur de l'utilisation en preuve de l'héroïne.

La gravité de la violation de la *Charte*

Le deuxième groupe de facteurs à examiner pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) réunit ceux qui peuvent s'inscrire sous la rubrique générale de la «gravité de la violation de la *Charte*». Contrairement au juge Lamer, je ne considère pas que ces facteurs sont déterminants en l'espèce. J'estime plutôt qu'ils favorisent de manière générale l'admissibilité de la preuve.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire qu'il est essentiel pour les fins de l'analyse de savoir si la GRC avait «des motifs raisonnables et probables» de croire que l'accusé avait de l'héroïne en sa possession. Premièrement, si ces motifs de croire existaient, alors les policiers avaient, en vertu de l'art. 450 (maintenant l'art. 495) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le droit d'arrêter l'appelant en rapport avec une infraction relative à des stupéfiants. Après avoir légalement arrêté l'appelant, les policiers avaient certainement le droit, en vertu de l'autorité que leur conférait l'art. 450, de lui faire subir une fouille personnelle à la recherche de stupéfiants: *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. Donc, si les motifs qu'avaient les policiers de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession sont considérés raisonnables, la fouille elle-même est [TRADUCTION] «empreinte de légalité» selon l'expression même de l'intimée, et l'omission d'arrêter l'appelant pour la bonne infraction peut être qualifiée de violation anodine des droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

En plus, la justification de la fouille peut découler de l'arrestation subséquente à la découverte de

of the drugs—an arrest which was made with due regard for all of the appellant's *Charter* rights. In *R. v. Debot, supra*, Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal recognized the possibility that a search undertaken prior to an arrest may still be incidental to the subsequent arrest, provided that reasonable and probable grounds for the prior search existed (at p. 225):

What constitutes a search incident to arrest is a question of law . . . I do not think that the fact that the respondent would not have been arrested if drugs had not been found in his possession, precludes the prior search from being incident to the arrest that followed the finding of the drug. This is provided, always, that the officer had reasonable grounds, prior to the search, for arresting the respondent under s. 450 of the *Code*.

I agree with Martin J.A.'s approach and I find his analysis directly applicable to the facts at bar. If reasonable and probable grounds for an arrest prior to the search existed, then that search is legal in terms of s. 450 of the *Criminal Code*, despite the fact that the accused was not charged with possession of narcotics at the time. The arrest for outstanding traffic warrants, therefore, becomes irrelevant.

The issue of reasonable and probable grounds also is central to a determination of the reasonableness of the search and seizure in terms of compliance with s. 8 of the *Charter*, which demands that a search be carried out under lawful, in this case statutory, authority (see *Collins, supra*, at p. 278). The question of what constitutes "reasonable and probable grounds" has been the subject of considerable judicial comment since the enactment of the *Charter*, much of it stemming from the judgment of this Court in *Hunter v. Southam Inc., supra*. In that case, the facts of which are now well known, the Court considered the constitutionality of a warrantless search and held that, at a minimum, "reasonable and probable grounds", established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard consistent with

la drogue—arrestation qui a été faite dans le respect de tous les droits dont l'appelant jouissait en vertu de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. v. Debot, précité*, le juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu la possibilité qu'une fouille commencée avant une arrestation soit considérée encore accessoire à l'arrestation qui la suit, pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables et probables de procéder d'abord à la fouille (à la p. 225):

[TRADUCTION] Ce qui constitue une fouille accessoire à une arrestation est une question de droit. [...] Je ne crois pas que le fait que l'intimé n'aurait pas été mis en état d'arrestation s'il n'avait pas été trouvé en possession de drogue empêche la fouille antérieure d'être accessoire à l'arrestation qui a suivi la découverte de la drogue. Cela est vrai pourvu, dans tous les cas, que l'agent de police ait, avant la fouille, des motifs raisonnables de mettre l'intimé en état d'arrestation en vertu de l'art. 450 du *Code*.

Je souscris à l'avis du juge Martin et je considère que son analyse est directement applicable aux faits de l'espèce. S'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation avant la fouille, alors la fouille est légale en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*, même si l'accusé n'était pas inculpé de possession de stupéfiants à ce moment-là. L'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation devient donc non pertinente.

La question des motifs raisonnables et probables est aussi cruciale pour déterminer le caractère raisonnable de la fouille et de la saisie en fonction du respect de l'art. 8 de la *Charte* qui exige qu'une fouille soit autorisée par la loi, une disposition législative en l'espèce (voir l'arrêt *Collins, précité*, à la p. 278). Ce qui constitue «des motifs raisonnables et probables» a fait l'objet d'une jurisprudence abondante depuis l'adoption de la *Charte*, jurisprudence qui découle en grande partie de l'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc., précité*. Dans cette affaire, dont les faits sont maintenant bien connus, notre Cour a examiné la constitutionnalité d'une perquisition sans mandat et elle a statué que l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la

s. 8 of the *Charter* for authorizing a search and seizure. In this regard, I propounded the general principle that “[t]he state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion” (p. 167).

The preconditions to a finding that reasonable and probable grounds for a warrantless search existed have been expanded upon in subsequent cases before this Court, most recently in the context of a warrantless drug search in the case earlier mentioned, *R. v. Debot*, *supra*. In that case, Wilson J., writing for a majority of this Court on this issue, elaborated upon the threshold that must be met before this type of search can be justified (at p. 1168):

In my view, there are at least three concerns to be addressed in weighing evidence relied on by the police to justify a warrantless search. First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a “tip” originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search? I do not suggest that each of these factors forms a separate test. Rather, I concur with Martin J.A.’s view that the “totality of the circumstances” must meet the standard of reasonableness. Weaknesses in one area may, to some extent, be compensated strengths in the other two.

I agree with Wilson J. that the “totality of the circumstances” must be examined in order to determine whether reasonable grounds exist for a search and that no one factor should dominate the analysis.

In the instant case, the R.C.M.P. received a “tip” from an informer and, after background investigation, the police believed that the appellant was returning to Calgary, Alberta on a Canadian Pacific flight from Amsterdam, Holland on March 11, 1984. On the basis of the confidential information and follow-up investigation, they had grounds to believe that the appellant was in possession of

Charte, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie. À cet égard, j’ai énoncé le principe général selon lequel «[l]e droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité» (pp. 167 et 168).

Les conditions préalables qui permettent de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille ou perquisition sans mandat ont été précisées dans des arrêts subséquents de notre Cour, le plus récent étant une affaire de fouille sans mandat à la recherche de drogue, *R. c. Debot*, précité. Dans cet arrêt, le juge Wilson, s’exprimant au nom de la majorité sur ce point, a expliqué le seuil qu’il faut franchir pour que ce genre de fouille soit justifié (à la p. 1168):

À mon avis, il faut répondre à trois questions au moins pour évaluer les éléments de preuve qui ont amené les policiers à décider de procéder à une fouille sans mandat. Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d’une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d’une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l’enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille? Je n’affirme pas que chacune de ces questions constitue un critère distinct. Je me range plutôt à l’avis du juge Martin d’après lequel [TRADUCTION] «l’ensemble des circonstances» doit satisfaire au critère du caractère raisonnable. La valeur des renseignements sous deux aspects peut, dans une certaine mesure, compenser leur faiblesse sous le troisième.

Je partage l’avis du juge Wilson qu’il faut examiner «l’ensemble des circonstances» pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables de procéder à une fouille et qu’aucun facteur ne devrait dominer à lui seul l’analyse.

En l’espèce, la GRC a reçu un «tuyau» d’un informateur et, après avoir effectué une enquête sur les antécédents, les policiers ont cru que l’appellant reviendrait à Calgary, en Alberta, à bord d’un vol du Canadien Pacifique en provenance d’Amsterdam, en Hollande, le 11 mars 1984. Sur la foi de ces renseignements confidentiels et de l’enquête complémentaire, ils avaient des motifs de croire

heroin. In fact, that belief was so strongly held that when the flight was diverted to Edmonton, Alberta, because of weather conditions, customs inspectors at the Edmonton International Airport were instructed to ensure that the appellant did not leave the aircraft during that unscheduled stop. While I agree with Lamer J. that it would be useful if more detail was present on the record as to the confidential information, and the nature and extent of the background investigation, this is not a case where there was no evidence at all. The evidence indicates that the R.C.M.P. intended to arrest the appellant one week before his flight's arrival, and that they were aware of the flight and its arrival time. They possessed the description of the appellant, the clothing that he was supposed to be wearing and they were aware of the fact that he was expected to be carrying heroin. This was entirely a result of information received and background investigation by the R.C.M.P. Solely from the fact that little was put in evidence as to the reliability of the informant, who in fact proved reliable, I am not prepared to draw the inference that there did not exist reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of heroin.

In addition, as I stated at the outset, in my opinion regard must be had for the fact that the search of the appellant occurred in March 1984. As the respondent correctly submits, the *Charter* was in its infancy at that time. This Court had not yet pronounced its decision in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*; nor had the Court yet had the opportunity to deal with the threshold of reasonable and probable grounds in the context of confidential informant information. In *Simmons*, *supra*, a majority of this Court recognized that the fact that *Charter* breaches "occurred not long after the *Charter* came into force" (p. 535) was relevant to an analysis of the seriousness of the *Charter* violations and, in particular, to a determination of the good faith of the authorities. Given the jurisprudential vacuum that existed at the time of the search in question, I am unwilling to conclude, based upon the totality of the circumstances of this case, that the R.C.M.P. did not have reasonable and probable grounds for their belief that the

que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. En réalité, ils en étaient si convaincus que lorsque le vol a été détourné sur Edmonton, en Alberta, à cause des conditions météorologiques, les inspecteurs des douanes de l'aéroport international d'Edmonton ont reçu instruction de veiller à ce que l'appelant ne descende pas de l'avion pendant cette escale imprévue. Bien que je sois d'accord avec le juge Lamer qu'il aurait été utile d'avoir plus de détails au dossier sur les renseignements confidentiels ainsi que sur la nature et l'étendue de l'enquête sur les antécédents, il ne s'agit pas d'un cas où il y a absence totale de preuve. La preuve indique que la GRC avait l'intention d'arrêter l'appelant une semaine avant l'arrivée de son vol et qu'elle savait à bord de quel vol et à quelle heure il arriverait. Elle avait une description de l'appelant, des vêtements qu'il devait porter et elle savait qu'il était censé transporter de l'héroïne. Cela découlait entièrement des renseignements reçus par la GRC et de l'enquête sur les antécédents qu'elle avait effectuée. Uniquement parce qu'on a mis en preuve peu de choses sur la fiabilité de l'informateur, qui s'est en fait révélé fiable, je ne suis pas prêt à conclure qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession.

De plus, comme je l'ai mentionné au départ, il faut, à mon avis, tenir compte du fait que la fouille de l'appelant a eu lieu en mars 1984. Comme l'intimée l'a à juste titre souligné, la *Charte* en était à ses tout débuts à l'époque. Notre Cour n'avait pas encore rendu l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, non plus qu'elle n'avait encore eu l'occasion de se prononcer sur le seuil des motifs raisonnables et probables dans le contexte des renseignements confidentiels fournis par des informateurs. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, la Cour a reconnu à la majorité que le fait que les violations «[s'étaient] produites peu après l'entrée en vigueur de la *Charte*» (p. 535) entrait en ligne de compte dans l'examen de la gravité des violations de la *Charte* et, plus particulièrement, dans la détermination de la bonne foi des autorités. En raison du vide jurisprudential qui existait au moment de la fouille en cause, je ne suis pas prêt à conclure, vu l'ensemble des circonstances de l'es-
pèce, que la GRC n'avait pas de motifs raisonna-

appellant was in the possession of heroin. Instead, in hindsight, I think that the police did all that reasonably could be expected of them in following up the confidential information with a background investigation before making a determination to search and arrest the appellant. Consequently, I would not reverse the finding of the trial judge, which was upheld by a majority of the Alberta Court of Appeal, that the police had reasonable and probable grounds.

Having reached this conclusion, unlike Lamer J., I am not prepared to draw an inference that the police acted in "bad faith" in arresting the appellant for outstanding traffic violations. Although this course of action was stupid, the police did have reasonable and probable grounds for arresting the appellant on the charge of importing a narcotic. Indeed, if fault must be placed on anyone, my view is that it lies with Crown counsel who led evidence which provided less than a robust description of the background investigation conducted by the police force. The failure of Crown counsel to properly adduce and emphasize the evidence of reasonable and probable grounds should not, in my opinion, result in the exclusion of evidence necessary to convict a manifestly culpable accused.

It is also important to recall the early date in the history of the *Charter* of the events in question when one examines whether the violations of the appellant's rights formed part of a pattern of disregard of the *Charter*. Lamer J. suggests that it is relevant that in conducting a strip search of the appellant the customs inspectors failed to inform the appellant of the reason for his detention or of his right to retain and instruct counsel without delay. Once again, while this earlier violation of the appellant's *Charter* rights is not unimportant, these facts arose before the judgment of this Court in *Simmons, supra*, wherein the Court held that an accused was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* when she was required to undergo a secondary search at customs. In fact, the search occurred prior to this Court's decision in *R.*

bles et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. Je crois plutôt, après coup, que les policiers ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux en vérifiant les renseignements confidentiels par une enquête sur les antécédents avant de décider de fouiller et d'arrêter l'appellant. En conséquence, je n'infirmes pas la conclusion du juge du procès, confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables.

Étant arrivé à cette conclusion, je ne suis pas prêt, comme le juge Lamer le fait, à conclure que les policiers ont agi «de mauvaise foi» en arrêtant l'appellant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Bien que cette façon d'agir ait été inepte, les policiers avaient des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant relativement à l'accusation d'importation d'un stupéfiant. En réalité, s'il faut imputer la faute à quelqu'un, j'estime qu'elle revient au substitut du procureur général qui a soumis une preuve plutôt mince de l'enquête sur les antécédents menée par le corps de police. L'omission du substitut du procureur général de soumettre et de souligner, comme il se devait, la preuve des motifs raisonnables et probables ne devrait pas, à mon avis, entraîner l'exclusion des éléments de preuve nécessaires pour faire déclarer coupable un accusé manifestement coupable.

Il est aussi important de se rappeler que les événements en cause se sont produits au début de l'application de la *Charte* quand on examine si les violations des droits de l'appellant constituent un mépris systématique des dispositions de la *Charte*. Le juge Lamer laisse entendre qu'il faut tenir compte du fait qu'au moment de procéder à la fouille à nu de l'appellant les inspecteurs des douanes n'ont pas informé l'appellant du motif de sa détention ni de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Encore une fois, même si cette première violation des droits garantis à l'appellant en vertu de la *Charte* n'est pas anodine, ces faits sont survenus avant l'arrêt de notre Cour dans *Simmons, précité*, dans lequel nous avons statué qu'un accusé est détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* quand il est forcé de subir une fouille

v. *Therens, supra*, the first case which dealt with the meaning of “detention” in s. 10 of the *Charter*. Consequently, in my view, the failure to inform the appellant of his counsel rights provides no evidence of “bad faith” on the part of the customs inspectors nor can it properly be considered part of a pattern of disregard for *Charter* rights.

Furthermore, I find it impossible to conclude that the conduct of the authorities amounted to a “pattern of disregard” given that the appellant was informed that he had a right to retain and instruct counsel without delay before he was taken to the hospital for the body cavity search. Although in so doing the police violated the appellant’s s. 10(a) *Charter* right, the infringement surely would be far more grievous if no counsel warning had been given at all. As well, the fact that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel in my view provides evidence that the police acted in “good faith” in their dealings with the appellant.

Finally, there is no evidence of malice on the part of the authorities towards the appellant nor is there any evidence of mistreatment. Had any of these factors been present, I would be more inclined to find a deliberate or flagrant abuse of the *Charter* rights of the appellant by the conduct of the authorities.

Given my determination that the R.C.M.P. had reasonable grounds to arrest and search the appellant, and that, as a consequence, the search of the appellant which uncovered heroin was conducted under lawful authority; and considering all of the circumstances of this case and in particular the fact that it occurred at an early stage in the *Charter*’s history, I conclude that the seriousness of the violations to the appellant’s rights are not of such a magnitude as to favour exclusion of the real evidence.

Effect on the System

The final set of factors for review in a consideration of whether evidence is admissible pursuant to

secondaire aux douanes. En fait, cette fouille a eu lieu avant l’arrêt de notre Cour *R. c. Therens*, précité, qui est le premier arrêt à préciser le sens du mot «détention» à l’art. 10 de la *Charte*. En conséquence, j’estime que l’omission d’informer l’appelant de son droit à l’assistance d’un avocat ne constitue pas une preuve de «mauvaise foi» de la part des inspecteurs des douanes, et qu’on ne peut pas non plus vraiment la relier à un mépris systématique des droits garantis par la *Charte*.

En outre, je suis incapable de conclure que la conduite des autorités a constitué «un mépris systématique» puisque l’appelant a été informé de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat avant d’être amené à l’hôpital pour la fouille des cavités corporelles. Même si, en agissant comme ils l’ont fait, les policiers ont violé les droits garantis à l’appelant en vertu de l’al. 10a) de la *Charte*, la violation aurait été beaucoup plus grave si on avait complètement omis d’aviser l’appelant de son droit à l’assistance d’un avocat. De plus, le fait d’aviser l’appelant de son droit à l’assistance d’un avocat fournit la preuve, à mon avis, que les agents de police ont agi de «bonne foi» dans leurs rapports avec l’appelant.

Enfin, il n’y a aucune preuve de malveillance de la part des autorités envers l’appelant ni aucune preuve de mauvais traitement. Si l’un ou l’autre de ces facteurs avait été présent, je serais plus porté à qualifier la conduite des policiers d’abus flagrant et délibéré des droits garantis à l’appelant par la *Charte*.

Ayant conclu que la GRC avait des motifs raisonnables d’arrêter et de fouiller l’appelant et que, par conséquent, la fouille de l’appelant qui a permis de découvrir de l’héroïne était autorisée par la loi, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’espèce, notamment du fait que l’affaire date des débuts de l’application de la *Charte*, je conclus que les violations des droits de l’appelant ne sont pas graves au point de justifier l’exclusion de la preuve matérielle.

Les conséquences sur le système

Le dernier groupe de facteurs à considérer pour déterminer si la preuve est admissible en vertu du

s. 24(2) is the impact upon the repute of the legal system of the admission or exclusion of the evidence. As I indicated in *Jacoy, supra*, at p. 559, “[t]he administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial”. Furthermore, in that case, I stated that in the context of real evidence of narcotics found during a customs search, exclusion of the evidence in general is unjustifiable (at p. 560):

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

Similarly, in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, a majority of the Court held that as a general principle (at pp. 1008-9):

... where the breach of the right to counsel was inadvertent and where there was no mistreatment of the accused, exclusion of the evidence rather than its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute.

I find these passages equally applicable to the case at bar. In my view, the manifest culpability of the appellant weighs heavily in favour of the admission of the real evidence. I believe that the reasonable person would be shocked and appalled to learn that an accused, unquestionably guilty of importing a sizable amount of heroin, was acquitted of all charges because of what amounted to a slip of the tongue by a police officer when the accused was arrested and read his s. 10 counsel rights. I agree fully with McClung J.A. in the Court of Appeal below that:

... a substantial majority of ... Canadians, concerned with the contagion of serious crime and the social devastation directly traceable to the trade in heroin, would be querulous that the Canadian Charter of Rights and Freedoms ruled out the evidence in this case.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, at p. 168.)

par. 24(2) est celui qui porte sur l'effet qu'aura l'utilisation ou l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit le système judiciaire. Comme je l'ai dit dans *Jacoy*, précité, à la p. 559, «[l']administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine». De plus, dans cette affaire, j'ai dit que dans le cas d'une preuve matérielle composée de stupéfiants découverts pendant une fouille douanière, l'exclusion de la preuve en général est injustifiable (à la p. 560):

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

De même, dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, notre Cour, à la majorité, a statué qu'en règle générale dans le cas (aux pp. 1008 et 1009):

... où la violation du droit à l'assistance d'un avocat a été commise par inadvertance et où l'accusé n'a pas subi de mauvais traitement, c'est l'exclusion des éléments de preuve plutôt que leur utilisation qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Je considère que ces passages sont également applicables à l'espèce. À mon avis, la culpabilité manifeste de l'appellant fait fortement pencher la balance en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle. Je crois qu'une personne raisonnable serait consternée et scandalisée d'apprendre qu'un accusé, indubitablement coupable d'avoir importé une assez grande quantité d'héroïne, a été acquitté relativement à tous les chefs d'accusation parce qu'un agent de police a fait un lapsus au moment d'arrêter l'accusé et de l'aviser de ses droits à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10. Je partage entièrement l'avis du juge McClung de la Cour d'appel quand il dit:

[TRADUCTION] ... une grande majorité de [...] Canadiens, qui s'inquiètent de la prolifération des crimes graves et des désordres sociaux directement attribuables au commerce de l'héroïne, constateraient avec colère que la Charte canadienne des droits et libertés a permis d'écarter les éléments de preuve en l'espèce.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, à la p. 168.)

To my mind, this type of infringement of the constitutional rights of an accused amounts to the kind of “technical” violation which the general public in the United States frequently derides when an unquestionably culpable accused in that country is acquitted of very serious charges. In this country, the legislature deliberately chose a different rule for the exclusion of evidence, one which allows the courts to avoid the bringing into disrepute of the system of justice that often results from the automatic exclusion of evidence. The instant case provides a graphic example of a situation where the rule should lead to the opposite result from the disposition that might be reached had these facts been governed by the American Bill of Rights, as it has been interpreted in the past by the Supreme Court of the United States: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

Conclusion

In conclusion, then, I find that the integrity of the legal system strongly favours the admission of this evidence. Furthermore, I have determined that there are no concerns relating to the fairness of the trial raised by the admission of this evidence, and that the *Charter* violations were technical in nature and an example of minor police stupidity. Therefore, the seriousness of the violations does not militate against the admission of the real evidence.

Consequently, I would uphold the decision of the majority of the Court of Appeal of Alberta to admit the evidence and to enter a conviction for importing a narcotic into Canada contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The judgment of Lamer, Wilson, La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LAMER J.—

Facts

This is a case in which this Court must decide whether the cumulative effect of violations of ss. 8 and 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* warrants the exclusion of evidence pur-

Selon moi, ce genre de violation des droits constitutionnels garantis à un accusé équivaut au genre de violation «formelle» dont le grand public aux États-Unis se moque souvent quand un accusé indubitablement coupable est acquitté de très graves accusations. Ici, le législateur a délibérément choisi une règle d'exclusion de preuve différente qui permet aux tribunaux d'éviter le discrédit sur le système judiciaire qu'entraîne souvent l'exclusion automatique des éléments de preuve. L'es-
pèce fournit un exemple concret de situation où la règle devrait entraîner le résultat opposé à celui qui pourrait découler de l'application du *Bill of Rights* des États-Unis aux mêmes faits, selon l'interprétation qu'en a déjà donnée la Cour suprême des États-Unis: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

Conclusion

En définitive, je conclus que l'intégrité du système judiciaire commande l'utilisation de cette preuve. De plus, j'ai constaté que l'équité du procès n'est pas mise en jeu par l'utilisation de cette preuve et que les violations de la *Charte* étaient de nature formelle et constituent un exemple de bourde policière sans gravité. En conséquence, la gravité des violations ne milite pas contre l'utilisation de la preuve matérielle.

En conséquence, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, qui a conclu à l'admissibilité de la preuve et à l'inscription d'une déclaration de culpabilité d'importation d'un stupéfiant au Canada contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Dans le présent pourvoi, cette Cour doit décider si l'effet cumulatif des violations des art. 8 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* justifie l'exclusion de la preuve conformément au par.

suant to s. 24(2) of the *Charter*. On March 11, 1984, the appellant landed at Calgary on Canadian Pacific flight 383 originating in Amsterdam. Canada Customs at the Calgary International Airport had been alerted by the R.C.M.P. that there was confidential information that the appellant was returning to Calgary from Holland in possession of an unknown quantity of heroin. Customs Inspector France, who was in charge of conducting primary customs inspections, referred the appellant to other customs agents for secondary inspection. The appellant proceeded to the secondary search area where Customs Inspector Lee conducted a search of the appellant's luggage. He found no drugs nor any other illegal or suspicious items. After the search was completed Customs Superintendent McQuay decided, based on information received from the R.C.M.P., to conduct a personal search. The appellant was taken to a private room by Customs Inspectors Lee and Yick, and was informed that a body search was to be done. There was a poster on the wall of the room indicating that a person who does not wish to be searched has the right to have the proposed search reviewed by a justice of the peace, police magistrate or a Senior Customs Officer. There is no evidence that the appellant saw or read the poster. Further, he was not informed of his right to retain and instruct counsel. In fairness to the Customs Inspectors, I note that the facts of this case arose before this Court's judgment in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. The appellant's clothing was examined. His body was examined and a visual examination was done of the appellant's rectum by asking him to bend over. He was not touched during the examination, which lasted from five to ten minutes. No evidence of drugs was found as a result of the search.

After the personal search, the appellant was taken to an adjoining room. Inspector Yick advised R.C.M.P. Constables Ingraham and Hammond of the results of the search. Constable Hammond testified that at about 5:24 p.m. he entered the room and advised the appellant of his arrest for importing heroin into Canada. Constable Hammond further testified that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel

24(2) de la *Charte*. Le 11 mars 1984, l'appelant a atterri à Calgary à bord du vol 383 du Canadien Pacifique en provenance d'Amsterdam. Les douanes canadiennes de l'aéroport international de Calgary avaient été avisées par la GRC que, selon des renseignements confidentiels, l'appelant revenait de la Hollande en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne. L'inspecteur des douanes France, qui était responsable des inspections primaires, a confié l'appelant à d'autres agents des douanes pour qu'ils effectuent l'inspection secondaire. L'appelant a été conduit dans une aire d'inspection secondaire où l'inspecteur des douanes Lee a fouillé les bagages de l'appelant. Il n'y a trouvé ni drogue, ni autre objet illégal ou suspect. Après la fouille des bagages, le surintendant des douanes McQuay a décidé, à cause des renseignements fournis par la GRC, de procéder à une fouille personnelle. Les inspecteurs Lee et Yick ont conduit l'appelant dans une pièce retirée et l'ont informé qu'il serait soumis à une fouille corporelle. Il y avait, sur le mur de la pièce, une affiche indiquant qu'une personne qui refuse d'être fouillée a le droit de faire vérifier la fouille projetée par un juge de paix, un magistrat de police ou un agent supérieur des douanes. Il n'y a rien dans la preuve qui indique si l'appelant a vu ou lu cette affiche. De plus, il n'a pas été avisé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Par souci d'équité pour les inspecteurs des douanes, je souligne que les faits de l'espèce se sont produits avant l'arrêt de notre Cour *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Les vêtements de l'appelant ont été examinés. On a soumis l'appelant à un examen corporel et à un examen visuel du rectum en le faisant pencher par en avant. Il n'a pas été touché pendant cet examen qui a duré de cinq à dix minutes. L'examen n'a pas permis de trouver trace d'une drogue.

Après cette fouille personnelle, l'appelant a été conduit dans une pièce adjacente. L'inspecteur Yick a fait part aux agents Ingraham et Hammond de la GRC des résultats de l'examen. L'agent Hammond a témoigné que vers 17 h 24 il est entré dans la pièce et a informé l'appelant qu'il le mettait en état d'arrestation pour importation d'héroïne au Canada. L'agent Hammond a aussi témoigné qu'on avait avisé l'appelant de son droit

without delay and that he was not obliged to say anything unless he wished to do so. The appellant indicated that he understood. Despite Constable Hammond's testimony that he told the appellant he was being arrested for importing heroin, the officer's notes made at the time do not specify the reason for the arrest:

Wayne and I went into interview room and I sectioned 10 (secondary warning) right to counsel, et cetera. Greffe stated he understood.

By contrast, Constable Ingraham's notes in relation to the arrest read as follows:

Me and Hammond enter secondary room and take custody of Greffe for the traffic warrants. [Emphasis added.]

Constable Ingraham testified that it was fair to say that if the appellant had been arrested at the airport on a charge of importing narcotics, then his notes would probably have said so. Constable Hammond stated that he was aware that there were traffic warrants outstanding for the appellant, and that he mentioned them to him in passing. The Constable did state, however, that he had an independent recollection that he told the appellant he was being arrested for "importing narcotics", although he could not explain why he did not place the reason for the arrest in his notes.

Before leaving the airport Constable Hammond advised the appellant that he would be the subject of a body search by a doctor at a hospital, and was asked if he had any comments to make about any drugs on his person. The appellant made no comment. Upon arriving at the hospital at about 6:05 p.m., the appellant's clothes were removed, and he put on a hospital gown. Dr. Pow arrived at 6:16 p.m., explained the procedure to the appellant and began the examination. A matron and the two R.C.M.P. constables were present in addition to the doctor. A rectal examination was conducted with the doctor's finger and with a sigmoidoscope. The sigmoidoscope was inserted 8 inches into the

d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit, s'il ne voulait pas le faire. L'appelant a indiqué qu'il comprenait. Malgré le témoignage de l'agent Hammond selon lequel celui-ci a dit à l'appelant qu'il était mis en état d'arrestation pour importation d'héroïne, les notes prises par l'agent à ce moment ne mentionnent pas le motif de l'arrestation:

[TRADUCTION] Wayne et moi sommes allés dans la salle d'interrogatoire et j'ai donné l'avis selon l'art. 10 du droit à l'assistance d'un avocat (mise en garde secondaire), etc. Greffe a déclaré qu'il comprenait.

Par contre, les notes de l'agent Ingraham disent ceci au sujet de l'arrestation:

[TRADUCTION] Hammond et moi sommes entrés dans la pièce secondaire et avons pris la garde de Greffe en raison des mandats relatifs à des infractions à la circulation. [Je souligne.]

L'agent Ingraham a témoigné qu'il était raisonnable de conclure que si l'appelant avait été mis en état d'arrestation à l'aéroport relativement à une inculpation d'importation de stupéfiants, ses notes en auraient probablement fait état. L'agent Hammond a déclaré qu'il savait qu'il existait des mandats en vigueur contre l'appelant pour infractions à la circulation et qu'il le lui a dit en passant. L'agent a cependant témoigné qu'il se rappelait très bien avoir dit à l'appelant qu'il était mis en état d'arrestation pour «importation de stupéfiants», quoiqu'il n'ait pas pu expliquer pourquoi il avait omis de mentionner le motif de l'arrestation dans ses notes.

Avant de quitter l'aéroport, l'agent Hammond a informé l'appelant qu'il serait soumis à une fouille corporelle par un médecin, dans un hôpital, et lui a demandé s'il avait quelque chose à dire au sujet de drogues qu'il pourrait avoir sur sa personne. L'appelant n'a rien dit. À leur arrivée à l'hôpital, vers 18 h 05, l'appelant a enlevé ses vêtements et a enfilé une chemise d'hôpital. Le Dr Pow est arrivé vers 18 h 16, il a expliqué la procédure à l'appelant et il a commencé à pratiquer l'examen. Outre le médecin, il y avait dans la pièce une infirmière et les deux agents de la GRC. Le médecin a effectué l'examen rectal avec son doigt et à l'aide d'un rectoscope. Le rectoscope a été inséré par l'anus à

appellant's anal canal into the rectum. A Kelly grasping forceps was used to remove two articles from the appellant's lower bowel. Dr. Pow removed a condom containing two plastic baggies and tape together with about 40 grams of heroin 33 percent pure by weight. The appellant co-operated during the search though he appeared to express some discomfort according to Constable Hammond. The first time that Constable Hammond's notes refer to the appellant's being charged with a narcotics offence is at 6:32 p.m., after the rectal search was completed and the drugs recovered:

Depart hospital—R T O when we got in the car I told Greffe that he would be charged with importing a narcotic and would be given the opportunity if he wished to phone a lawyer when we got to the office.

The first reference in Constable Ingraham's notes to charging the appellant with a narcotics offence is similarly at 6:32 p.m., a time after the rectal search, and after the earlier notation in the Constable's notes about arresting the appellant for outstanding traffic warrants. The appellant was ultimately charged with two counts under the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, one of unlawfully importing heroin and one of being in unlawful possession of heroin for the purpose of trafficking.

The Trial

The appellant was tried before Waite J. of the Court of Queen's Bench of Alberta. At the conclusion of the Crown's presentation of its case, the defence indicated that it was not leading any evidence. The focal point of the trial was the admissibility of the heroin as evidence on the two counts against the appellant. The defence submitted, in closing argument, that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* since it was obtained as a result of infringements of the appellant's rights under ss. 8 and 10 of the *Charter*. In the course of his reasons, the learned trial judge made certain key observations and findings of fact. Waite J. found that the appellant was arrested at the airport for the outstanding traffic

environ 8 pouces de profondeur dans le rectum de l'appelant. On a utilisé une pince de Kelly pour extraire deux objets du gros intestin de l'appelant. Le Dr Pow a retiré un condom contenant deux petits sacs de plastique attachés ensemble au moyen d'un ruban adhésif, qui contenaient environ 40 grammes d'héroïne pure à 33 pour 100. L'appelant a coopéré à l'examen bien qu'il ait semblé donner des signes d'inconfort selon l'agent Hammond. Selon les notes de l'agent Hammond, l'appelant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants à 18 h 32, après que la fouille rectale eut été terminée et la drogue récupérée:

[TRADUCTION] Départ de l'hôpital—retour au poste—quand nous sommes montés dans la voiture j'ai dit à Greffe qu'il serait accusé d'avoir importé un stupéfiant et qu'il aurait la possibilité d'appeler un avocat, s'il voulait le faire, dès que nous arriverions au poste.

D'après les notes de l'agent Ingraham, l'appelant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants à 18 h 32 également, après la fouille rectale et après la mention, déjà portée dans les notes de l'agent, que l'appelant était arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Deux chefs d'accusation ont finalement été déposés contre l'appelant en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1: il a été accusé d'importation illégale d'héroïne et de possession illégale d'héroïne en vue d'un trafic.

g Le procès

L'appelant a subi son procès devant le juge Waite de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, la défense a mentionné qu'elle ne soumettrait pas de preuve. Le procès a été axé sur l'admissibilité en preuve de l'héroïne relativement aux deux chefs d'accusation déposés contre l'appelant. La défense a soutenu, en concluant sa plaidoirie, qu'il fallait écarter cette preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisqu'elle a été obtenue par suite d'une violation des droits garantis à l'appelant par les art. 8 et 10 de la *Charte*. Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a formulé certaines observations et conclusions de fait fondamentales. Le juge Waite a conclu que l'appelant a

warrants. He based this conclusion in part on the absence of any indication of the reasons for arrest in Constable Hammond's notes, and the reference in Constable Ingraham's notes to the effect that the arrest was for outstanding traffic warrants. Further, the trial judge noted that the first reference in either officer's notes to an arrest on the importing charge appears after the rectal exam, and after the heroin was recovered. Waite J. then states the following:

The reasonable conclusion on all of the evidence is that the accused was arrested at the airport on traffic warrants. By that time the accused and his personal property had been thoroughly searched. No narcotics had been found. The traffic warrants proved to be a convenient artifice to keep the accused in custody until the ultimate bodily searches could be conducted. But everything that flowed from that arrest was improper. It is apparent that the police had confidential and reliable information concerning the accused and his suspected attempt to import heroin. That is clear from the recovery of the heroin itself. It is unclear why the accused was not properly arrested at the airport on the correct charge. [Emphasis added.]

I should note, at this point, that it is clear from the trial judge's statement that he based his assessment of the reliability of the confidential information on an *ex post facto* analysis; he reasoned, incorrectly in my view, that the information received by the R.C.M.P. must have been reliable because the search resulted in the recovery of the heroin. With respect, a conclusion that the police had reliable information about the appellant's attempt to import heroin must be based on more than the fact of a subsequent recovery of the drugs. There must be an independent inquiry into the source and reliability of the confidential information in order to determine whether, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the appellant was carrying the heroin or whether there was mere suspicion. Relevant to this inquiry is whether the information received contains sufficient detail to

été mis en état d'arrestation à l'aéroport en raison de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Il a justifié cette conclusion en partie par l'absence d'indication des motifs de l'arrestation dans les notes de l'agent Hammond et par la mention, dans les notes de l'agent Ingraham, que l'arrestation découlait de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. De plus, le juge du procès a souligné que la première mention, dans les notes de l'un et l'autre agent, de l'arrestation relative à une accusation d'importation de stupéfiants, survient après l'examen rectal et après la récupération de l'héroïne. Le juge Waite dit alors ceci:

[TRADUCTION] La conclusion raisonnable à tirer de toute la preuve est que l'accusé a été arrêté à l'aéroport en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. À ce moment, l'accusé et ses bagages avaient été soigneusement fouillés. Aucun stupéfiant n'avait été découvert. Les mandats relatifs à des infractions à la circulation étaient un artifice commode pour garder l'accusé sous garde jusqu'à ce que les fouilles corporelles ultimes puissent être faites. Mais tout ce qui a découlé de l'arrestation a été irrégulier. Il appert que les policiers avaient des renseignements confidentiels et sûrs au sujet de l'accusé et de sa tentative d'importer de l'héroïne. Cela ressort clairement de la récupération de l'héroïne elle-même. Il n'est pas clair pourquoi l'appelant n'a pas été régulièrement arrêté à l'aéroport relativement à la bonne accusation. [Je souligne.]

Je dois souligner ici qu'il ressort nettement de l'affirmation du juge du procès que son évaluation de la fiabilité des renseignements confidentiels repose sur une analyse après le fait; il a conclu, à tort selon moi, que les renseignements communiqués à la GRC devaient être sûrs puisque la fouille a permis de récupérer l'héroïne. En toute déférence, la conclusion que la police avait des renseignements sûrs au sujet de la tentative de l'appelant d'importer de l'héroïne doit être fondée sur quelque chose de plus que la découverte subséquente de la drogue. Il doit y avoir une analyse indépendante de la source des renseignements confidentiels et de leur fiabilité afin de déterminer si, vu l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de l'héroïne ou s'il n'existait que de simples soupçons. Il importe, pour les fins de cette analyse, de déterminer si les renseignements reçus

ensure that it is based on more than mere rumour or gossip, whether the source or means of knowledge is revealed and whether there is any indicia of the reliability of the source of the information, such as the supplying of reliable information in the past: see *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, (Ont. C.A.), at p. 219 affirmed by this Court, [1989] 2 S.C.R. 1140. I shall return to this aspect of the trial judge's reasons in my analysis of the legal issues arising out of this appeal.

On the basis of his findings, the trial judge drew the following conclusions:

1. The airport arrest was spurious. The reason given for it was false.

2. The right to retain and instruct counsel was tainted. There are vast differences in the seriousness between the two charges mentioned in court. There are equally vast differences in the need that an accused might feel to retain counsel with respect to such diverse charges. As counsel for the accused put it, the right to counsel is relative to what an accused is told. The latter can determine the exercise of the former. Improper advice can vitiate or infringe the charter right to counsel, and it does so in this case.

3. The violation of Sections 10(a) and 10(b) resulted in a gross infringement of the accused's rights pursuant to 8 to be secure against an unreasonable search. It is ludicrous to state it, but state it I must, the rectal search on an arrest for outstanding traffic warrants is totally unreasonable. The accused accordingly is in the same position as he would have been in if his rights under Section 8, Section 10(a) and Section 10(b) had been totally ignored.

In respect of the analysis pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge relied on the authority of *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, specifically the judgment of Estey J., to exclude the evidence. The trial judge quoted directly the following passage from Estey J.'s reasons in *Therens*, *supra*, at pp. 621-22, which he felt applied to each of the *Charter* violations in the case at bar:

comportent suffisamment de détails pour assurer qu'ils s'appuient quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si la source ou l'origine des renseignements est indiquée et s'il y a des indices de fiabilité de la source des renseignements, comme la fourniture de renseignements sûrs dans le passé: voir *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 219, confirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 1140. Je reviendrai sur cet aspect des motifs du juge du procès dans l'analyse que je ferai des questions de droit en litige dans le présent pourvoi.

En raison de ses constatations, le juge du procès est arrivé aux conclusions suivantes:

[TRADUCTION] 1. L'arrestation à l'aéroport a été truquée. Le motif invoqué était faux.

2. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat a été violé. Les deux accusations mentionnées devant le tribunal diffèrent énormément sur le plan de leur gravité. Il y a également une énorme différence sur le plan du besoin qu'un accusé peut ressentir d'avoir recours à l'assistance d'un avocat face à des accusations de nature aussi différente. Ainsi que l'avocat de l'accusé l'a dit, le droit à l'assistance d'un avocat varie en fonction de ce qui est dit à l'accusé. Ce qui est dit à l'accusé peut avoir une influence sur l'exercice de ce droit. Une indication inadéquate peut porter atteinte au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte, comme c'est le cas en l'espèce.

3. La violation des alinéas 10a) et 10b) a entraîné une atteinte grave aux droits qu'a l'accusé, en vertu de l'article 8, à la protection contre les fouilles abusives. Il est ridicule de le dire, mais je dois le faire: la fouille rectale effectuée à la suite d'une arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation est tout à fait abusive. En conséquence, l'accusé est exactement dans la même situation que si les droits que lui garantissent l'article 8 et les alinéas 10a) et 10b) avaient été totalement ignorés.

Quant à l'analyse effectuée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, plus précisément sur les motifs du juge Estey, pour écarter les éléments de preuve. Le juge du procès a cité expressément le passage suivant des motifs du juge Estey dans l'arrêt *Therens*, précité, aux pp. 621 et 622, qui, à son avis, s'appliquait à chacune des violations de la *Charte* commises en l'espèce:

Here the police authority has flagrantly violated a *Charter* right without any statutory authority for so doing. Such an overt violation as occurred here must, in my view, result in the rejection of the evidence thereby obtained. We are here dealing only with direct evidence or evidence thereby obtained directly and I leave to another day any consideration of evidence thereby indirectly obtained. To do otherwise than reject this evidence on the facts and circumstances in this appeal would be to invite police officers to disregard *Charter* rights of the citizens and to do so with an assurance of impunity. If s. 10(b) of the *Charter* can be offended without any statutory authority for the police conduct here in question and without the loss of admissibility of evidence obtained by such a breach then s. 10(b) would be stripped of any meaning and would have no place in the catalogue of "legal rights" found in the *Charter*.

The violation by the police authority of a fundamental *Charter* right, which transpired here, will render this evidence inadmissible. Admitting this evidence under these circumstances would clearly "bring the administration of justice into disrepute".

As a result, the trial judge excluded the heroin, and, since there was no longer any evidence before the court to support the charges, found the appellant not guilty on each count.

The Court of Appeal

A majority of the Court of Appeal of Alberta, McClung J.A. with Haddad J.A. concurring, held that the trial judge erred in excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Harradence J.A. dissented. The majority was of the view that despite the finding by the trial judge that the police arrested the appellant for outstanding traffic warrants, the appellant was fully aware of the reason for the police investigation of him:

The [appellant] was in no doubt about the realities of his situation from about 5:40 p.m. onward. He had already been strip searched. He had been told of his right to consult counsel. He expressed no wish to do so. Patently, his own awareness of his possession of narcot-

En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus. En l'espèce, nous nous intéressons seulement aux éléments de preuve directs ou aux éléments de preuve obtenus directement par ce moyen et je n'ai pas ici à examiner la question des éléments de preuve obtenus indirectement par ce moyen. Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité. Si la police pouvait, par sa conduite, violer l'al. 10b) de la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire, comme c'est le cas en l'espèce, et sans que cela n'entraîne l'inadmissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à cette violation, l'al. 10b) serait alors dénué de tout sens et n'aurait plus sa place dans la liste des «garanties juridiques» que l'on trouve dans la *Charte*.

La violation par les policiers d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, tel qu'il ressort en l'espèce, rend ces éléments de preuve inadmissibles. L'utilisation de ces éléments de preuve dans ces circonstances serait nettement susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice».

En conséquence, le juge du procès a écarté l'héroïne, et, comme il n'y avait plus devant le tribunal aucun élément de preuve susceptible d'étayer les accusations, il a prononcé l'acquittement de l'accusé relativement à chaque chef d'accusation.

La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, composée des juges McClung et Haddad, a statué que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Harradence était dissident. La majorité a estimé que même si le juge du procès a conclu que les policiers ont arrêté l'appellant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation, l'appellant connaissait très bien le motif de l'enquête menée par les policiers à son égard:

[TRADUCTION] Il [l'appellant] n'avait aucun doute sur l'état de sa situation à compter de 17 h 40. Il avait déjà subi une fouille à nu. On lui avait fait part de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Il n'a pas exprimé le désir d'en consulter un. Manifestement, il savait fort

ics, quite severable from any police advice, preceded his arrest.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, at p. 167.)

This is the context in which the majority discuss the exclusion of the evidence as a consequence of the s. 10(a) violation. According to McClung J.A., the fact of the constitutionally deficient arrest did not warrant exclusion of the evidence. He held that:

... exclusion only lies when the accused supplies a material fact and it is clear, at least on the civil standard of proof, that the fact would not have emerged had the Charter been observed.

In this regard, McClung J.A. reasoned that since the violation of s. 10(a) of the *Charter* did not create the narcotics, exclusion is not warranted. As regards the seriousness of the violation, the majority concluded at p. 168 that:

... the false information, equated by the trial judge to a breach of s. 10(a), was not so serious that exclusion was demanded. I say so because it is clear from the record that the misinformation from the R.C.M.P., amounting to a Charter breach, pales when compared to Greffe's own duplicity in attempting to gain entry into Canada, posing as a routine traveller.

In addition McClung J.A. refers specifically to the judgment of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Debot, supra*, in which it was held that an on-the-spot drug search prior to advising a suspect of the right to retain and instruct counsel did not prejudice any interest protected by s. 10 of the *Charter*. Martin J.A. cited the ease with which drugs may be disposed of as support for this proposition. McClung J.A. was of the view that Martin J.A.'s reasoning in respect of s. 10(b) of the *Charter* was equally applicable to s. 10(a) (at p. 169):

... on-the-spot drug searches, that are fortified by the existence of reasonable and probable grounds of belief that the possessory offence is continuing, do not become unreasonable, and legally vulnerable, by the absence of

bien qu'il avait des stupéfiants en sa possession bien avant son arrestation, quoi que les policiers aient pu dire.

a ((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, à la p. 167.)

Ce sont là les circonstances dans lesquelles la majorité a examiné l'exclusion de la preuve en raison de la violation de l'al. 10a). Selon le juge McClung, le vice constitutionnel de l'arrestation ne justifiait pas l'exclusion de la preuve. Il a conclu que:

[TRADUCTION] ... il y a lieu à exclusion seulement quand l'accusé dévoile un fait substantiel et qu'il est manifeste, au moins selon la norme de preuve en matière civile, que ce fait n'aurait pas été découvert si la Charte avait été respectée.

À cet égard, le juge McClung a déduit que, puisque la violation de l'al. 10a) de la *Charte* n'avait pas créé les stupéfiants, l'exclusion de cette preuve n'était pas justifiée. Quand à la gravité de la violation, la majorité a conclu ceci, à la p. 168:

[TRADUCTION] ... les faux renseignements, que le juge du procès a considérés comme une violation de l'al. 10a) n'étaient pas graves au point d'exiger l'exclusion de la preuve. J'affirme cela parce qu'il est manifeste, d'après le dossier, que les renseignements erronés fournis par la GRC, qui constituent une violation de la Charte, ne sont rien comparé à la duplicité dont Greffe lui-même a fait preuve en tentant de rentrer au Canada en se présentant comme un voyageur ordinaire.

De plus, le juge McClung a mentionné expressément les motifs rédigés par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Debot*, précitée, dans lesquels il a conclu qu'une fouille sur place à la recherche de drogues, avant d'aviser un suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, n'avait porté atteinte à aucun droit garanti par l'art. 10 de la *Charte*. Le juge Martin a mentionné la facilité avec laquelle on peut se débarrasser de drogues pour étayer son affirmation. Le juge McClung a estimé que le raisonnement du juge Martin à l'égard de l'al. 10b) de la *Charte* s'appliquait aussi à l'al. 10a) (à la p. 169):

[TRADUCTION] ... les fouilles sur place à la recherche de drogues qui s'appuient sur des motifs raisonnables et probables de croire à la continuation de l'infraction de possession ne deviennent pas abusives et légalement

prior compliance with s. 10(a) of the Charter of Rights and Freedoms, without more.

On the issue of the search itself, the majority found comfort in s. 10 of the *Narcotic Control Act*, which at the time provided as follows:

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

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house . . . in which he reasonably believes there is a narcotic . . .

(b) search any person found in such place;

McClung J.A. held that an airport is a "place" for the purposes of the Act, and that the appellant was a "person found in such place". He then concluded at p. 170 that:

If traffic warrants entered the arrest picture, they were only, as the trial judge found, "a convenient artifice". Artifice may not be fatal to the use of evidence subsequently recovered—subject to the operation of Charter s. 24(2). *Rothman v. R.*, [1981] 1 S.C.R. 640 . . .

Anything recovered pursuant to the search was admissible, therefore, provided that the search itself was reasonable.

In terms of the search itself, the majority notes that a search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and it is carried out in a reasonable manner. In assessing the reasonableness of the search in this case, the majority referred to, and applied the guidelines expressed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and those of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475 which adopted the approach in the American case of *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). The majority considered the following four factors: (i) the scope of the intrusion (ii) the manner in which the search was conducted (iii) the justification for initiating it and (iv) the place in which it was conducted. In respect of the intrusiveness of the search, McClung J.A. first noted that the appellant freely decided to "bury" the drugs in his own body cavity. He was, therefore, the first to profane his own bodily integ-

vulnérables en raison de la seule omission de se conformer d'abord à l'al. 10a) de la Charte des droits et libertés.

Sur la question de la fouille elle-même, la majorité s'est appuyée sur l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* qui, à l'époque, était ainsi conçu:

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

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation [. . .] où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant . . .

b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit;

Le juge McClung a conclu qu'un aéroport est un «endroit» pour les fins de cette loi et que l'appelant était une «personne trouvée dans un semblable endroit». Il conclut alors, à la p. 170, que:

[TRADUCTION] Si les mandats relatifs à des infractions à la circulation ont eu quelque chose à voir avec l'arrestation, ce n'était, comme le conclut le juge du procès, qu'un «artifice commode». Un artifice n'empêche pas forcément d'utiliser des éléments de preuve découverts par la suite—sous réserve de l'application du par. 24(2) de la Charte: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 . . .

Tout ce que la fouille a permis de trouver était donc admissible pourvu que la fouille elle-même soit raisonnable.

Quant à la fouille elle-même, la majorité souligne qu'une fouille est raisonnable si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même est raisonnable et si la fouille a été exécutée d'une manière raisonnable. Pour déterminer si la fouille avait été raisonnable ou non en l'espèce, la majorité a mentionné et appliqué les directives données dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et celles données par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475, qui, elle-même, s'était inspirée de la méthode adoptée dans l'arrêt américain *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). La majorité a tenu compte des quatre facteurs suivants: (i) l'ampleur de l'envahissement, (ii) la façon dont la fouille a été exécutée, (iii) sa justification et (iv) l'endroit où elle a été exécutée. Quand au caractère envahissant de la fouille, le juge McClung a commencé par faire observer que l'appelant avait lui-même décidé de son plein gré

rity to try to avoid detection and to discourage the possibility of an internal search because of its repellant nature. McClung J.A. concluded that the appellant chanced the medical intrusion which followed by hiding the drugs where he did, and thereby defined the scope of the intrusion. The search was conducted by an experienced doctor in a hospital, and was done at least without resistance from the appellant if not with his consent. The justification for conducting the search can be found in the reasonable and probable grounds the police had for believing that Greffe had heroin on his person. These grounds existed despite the police misinforming the accused as to the real reason for his arrest. As McClung J.A. put it, at p. 172:

The arrest may have been infirm from the standpoint of the advice escorting it but that does not erase the justification for initiating it. Moreover, the common law obligation to advise a suspect of the reason for his arrest is eased if the surrounding circumstances make that reason clear. Here, the [appellant] knew throughout the precise offence being committed by him and why he was being searched.

Finally, McClung J.A. reiterated that the procedure, though distasteful, took place in a hospital and under medical safeguard.

In sum then, the majority concluded that the evidence should not have been excluded for the following reasons. First, the *Charter* violations did not create, or result in, evidence of the appellant's guilt. Second, the admission of the evidence would not have negatively affected the adjudicative fairness of the appellant's trial. Third, there was no reason for the court to disassociate itself from the conduct of the police; the search was the consequence of reasonable and probable grounds of belief in the existence of the offence, and the search did not arise under mere suspicion or other arbitrary motivation. Fourth, the alternative of a "bedpan vigil" was not realistic. Waiting for the heroin to pass through the appellant's system ignores the fact that before the actual recovery, the police did not know the amount of heroin involved, its strength, its location in the appellant's

de cacher la drogue dans son propre corps. Il a donc été le premier à violer son intégrité corporelle en voulant éviter la détection et diminuer le risque de fouille corporelle en raison de sa nature répugnante. Le juge McClung conclut que l'appelant a risqué l'intrusion médicale qui s'est produite en cachant les drogues où il les a cachées et qu'il a ainsi déterminé l'ampleur de l'envahissement. La fouille a été exécutée par un médecin d'expérience dans un hôpital et elle a été faite tout au moins sans résistance de la part de l'appelant, si ce n'est avec son consentement. La justification de la fouille peut résider dans les motifs raisonnables et probables qu'avait la police de croire que Greffe transportait de l'héroïne sur sa personne. Ces motifs existaient même si les policiers ont mal renseigné l'accusé sur le véritable motif de son arrestation. Le juge McClung s'exprime ainsi, à la p. 172:

[TRADUCTION] L'arrestation peut avoir été viciée du point de vue de la mise en garde qui l'a accompagnée, mais cela ne lui enlève pas sa justification. De plus, l'obligation de common law d'informer un suspect du motif de son arrestation est moins impérieuse si les circonstances qui l'entourent rendent ce motif évident. En l'espèce, [l'appelant] savait à tout instant quelle infraction il commettait et pourquoi il était fouillé.

Enfin, le juge McClung répète que, même si elle était repoussante, la procédure s'est déroulée à l'hôpital sous surveillance médicale.

En résumé, la majorité a donc conclu qu'il n'y avait pas lieu d'écarter les éléments de preuve pour les motifs suivants. Premièrement, les violations de la *Charte* n'ont ni créé, ni entraîné la preuve de la culpabilité de l'accusé. Deuxièmement, l'utilisation de cette preuve n'aurait pas porté atteinte à l'équité du procès de l'appelant. Troisièmement, il n'y avait pas de motif pour la cour de désavouer la conduite des policiers: la fouille découlait de motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration de l'infraction et elle ne découlait pas de simples soupçons ou de quelque autre motif arbitraire. Quatrièmement, la solution de rechange, attendre l'œuvre de la nature, était irréaliste. Avoir attendu que l'appelant élimine l'héroïne n'aurait pas tenu compte du fait qu'avant de la recouvrer, les policiers ne savaient pas quelle quantité d'héroïne était en cause, quelle était sa teneur,

alimentary canal or whether the heroin had been protected against accidental dissemination. Therefore, the majority would have admitted the evidence, and thereby allowed the appeal, set aside the verdict of not guilty and directed the entry of a conviction for importing a narcotic into Canada. A conditional stay was entered on the count alleging possession of a narcotic for the purpose of trafficking. The case was remitted to the Court of Queen's Bench for sentencing.

Harradence J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. After reviewing the facts, he stated as follows (at pp. 175-76):

With deference to the learned trial judge, regardless of the motive for the execution of the traffic warrants, the arrest was valid and the [appellant] was taken into lawful custody. However, it is not without significance that prior to the bodily search the [appellant] was not taken before the "officer in charge" to determine his eligibility for release on the traffic charges, as provided for in s. 453.1 of the Criminal Code. I have some difficulty relating the strip search carried out by the customs officers to traffic warrants and it is not an unreasonable inference to conclude that the search was instigated as a result of information received from the police with respect to the [appellant's] involvement with narcotics Where a lawful arrest is used as the cornerstone of a ploy, as it was in this case, to deny an individual his Charter rights in connection with a serious criminal offence, that is the epitome of bad faith. If the police officers were of the view that their advice with respect to Charter rights given on the execution of the traffic warrants was blanket coverage for the narcotic charges upon which they also detained the [appellant], why then did they find it necessary to give the advice on completion of the rectal search?

In the view of Harradence J.A., there was a "gross infringement" of the appellant's *Charter* rights by the deliberate failure of the police to inform him of his right to retain and instruct counsel without delay in connection with his detention related to the narcotics offence, a detention which gave rise

où elle se trouvait dans le système digestif de l'appellant ou s'il y avait un risque que l'héroïne se répande accidentellement. La majorité aurait donc utilisé la preuve et elle a, en conséquence, accueilli a l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné l'inscription d'une déclaration de culpabilité d'importation d'un stupéfiant au Canada. Un arrêt conditionnel des procédures a été ordonné relativement au chef d'accusation de possession b d'un stupéfiant pour des fins de trafic. Le dossier a été renvoyé à la Cour du Banc de la Reine pour détermination de la peine.

Le juge Harradence, dissident, aurait rejeté c l'appel. Après avoir relaté les faits, il dit ceci (aux pp. 175 et 176):

[TRADUCTION] En toute déférence pour le juge du procès, quel qu'ait été le motif d'exécuter les mandats relatifs aux infractions à la circulation, l'arrestation a été faite régulièrement et [l'appellant] a légalement été mis sous garde. Cependant, il n'est pas sans conséquence que [l'appellant] n'ait pas été conduit, avant la fouille corporelle, devant le «fonctionnaire responsable» pour e faire décider s'il pouvait être mis en liberté relativement aux accusations d'infraction à la circulation, conformément à l'art. 453.1 du Code criminel. Je trouve difficile de faire le lien entre la fouille à nu exécutée par les inspecteurs des douanes et les mandats relatifs aux f infractions à la circulation et il n'est pas déraisonnable de conclure que la fouille a été faite à cause des renseignements reçus de la police au sujet des activités de [l'appellant] en matière de stupéfiants [. . .] Quand on a recours à une arrestation légale comme astuce, comme on l'a fait en l'espèce, dans le but de priver quelqu'un des droits que la Charte lui garantit en rapport avec une infraction criminelle grave, c'est le comble de la mauvaise foi. Si les agents de police estimaient que la mise en garde concernant les droits garantis par la Charte qu'ils ont faite lors de l'exécution des mandats relatifs h aux infractions à la circulation servait de protection générale pour ce qui est des accusations en matière de stupéfiants pour lesquelles ils ont aussi détenu [l'appellant], pourquoi ont-ils jugé nécessaire de lui donner la mise en garde après la fouille rectale?

De l'avis du juge Harradence, il y a eu [TRADUCTION] «violation flagrante» des droits garantis à l'appellant en vertu de la *Charte* en raison de j l'omission délibérée des policiers de l'aviser de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat à l'égard de sa détention pour une infrac-

to "significant legal consequences". The police, in telling the appellant he was being arrested for traffic warrants, were aiming at executing a search they feared they might not have been able to execute if the appellant consulted counsel.

In respect of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, Harradence J.A. stated that the police entered the airport to execute a warrant pertaining to traffic charges (at p. 179):

Whatever other purpose they had in mind, it was not to search the Calgary International Airport pursuant to s. 10(1)(a) and it was only if they entered the airport for that purpose that they would be entitled to search the [appellant] pursuant to s. 10(1)(b). As Martin J.A. says in *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 . . . :

. . . s. 10(1)(b) of the *Narcotic Control Act* empowers a peace officer who has entered a place without a warrant pursuant to the section to search persons in the premises, there is no power conferred by s. 10 to search a person on the street on reasonable suspicion that he has a narcotic drug in his possession. [Emphasis added by Harradence J.A.]

In these circumstances, the [appellant] was in the same position as a "person on the street".

Nor can it be said that in the circumstances of this case, there was a degree of urgency that required the search to be conducted before the [appellant] was placed under valid arrest.

The appellant was, according to Harradence J.A., not the subject of a valid arrest with respect to the narcotics offences, and as a result the search was unlawful.

Harradence J.A. then applied the principles developed by this Court in *Collins, supra*, and would have excluded the evidence for the following reasons. Although a rectal search is not *per se* unreasonable, in this case it was because it was unlawful; therefore the evidence was obtained as a result of an unlawful and unreasonable search. There was no evidence to support the view that the evidence might have been lost or destroyed. Time alone ensured the recovery of the substance by the authorities. The evidence obtained in this case was

tion en matière de stupéfiants, détention qui avait des «conséquences juridiques importantes». En disant à l'appellant qu'il était arrêté pour des mandats relatifs à des infractions à la circulation, les policiers cherchaient à exécuter une fouille qu'ils craignaient ne pouvoir exécuter si l'appellant avait recours à l'assistance d'un avocat.

Quant à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Harradence affirme que les policiers se sont présentés à l'aéroport pour exécuter un mandat relatif à des infractions à la circulation (à la p. 179):

[TRADUCTION] Quelles que soient les autres fins qu'ils aient pu avoir à l'esprit, ce n'était pas dans le but de perquisitionner dans l'aéroport international de Calgary en vertu de l'al. 10(1)a) et ils n'auraient pu fouiller [l'appellant] en vertu de l'al. 10(1)b) que s'ils étaient entrés à l'aéroport dans ce but. Comme l'affirme le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 . . . :

. . . l'al. 10(1)b) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise un agent de la paix qui est entré dans un endroit sans mandat conformément à cet article à fouiller les personnes qui s'y trouvent; l'art. 10 n'autorise pas à fouiller une personne dans la rue si on a des motifs raisonnables de croire qu'elle a un stupéfiant en sa possession. [Les italiques sont du juge Harradence.]

Dans ces circonstances, [l'appellant] était dans la même situation qu'une «personne dans la rue».

On ne peut pas non plus affirmer que dans les circonstances de l'espèce, il était si urgent de procéder à la fouille qu'il fallait le faire avant de mettre [l'appellant] en état d'arrestation régulièrement.

D'après le juge Harradence, l'appellant n'a pas été mis en état d'arrestation régulièrement pour des infractions en matière de stupéfiants de sorte que la fouille a été illégale.

Le juge Harradence a ensuite appliqué les principes dégagés par notre Cour dans l'arrêt *Collins*, précité, et il aurait écarté les éléments de preuve pour les motifs suivants. Bien qu'une fouille rectale ne soit pas abusive en soi, elle l'est en l'espèce parce qu'elle était illégale; en conséquence, les éléments de preuve avaient été obtenus grâce à une fouille illégale et abusive. Il n'y a rien au dossier qui permette d'affirmer qu'il y avait danger de perte ou de destruction des éléments de preuve. L'écoulement du temps aurait, à lui seul, permis

real evidence, and would not render the appellant's trial unfair. However, the administration of justice would be brought into greater disrepute if the court did not disassociate itself from the conduct of the police by excluding the evidence. The police actions amounted to deliberate, flagrant and serious violations of the appellant's *Charter* rights in circumstances where there was no sense of urgency or necessity. Therefore, Harradence J.A. would have excluded the evidence, and dismissed the appeal.

Analysis

At the outset, I note that the respondent conceded in her factum and in oral argument the violations to ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter*, especially in light of this Court's decisions in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. The only remaining issue to be considered is whether the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) of the *Charter* provides as follows:

24. ...

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

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal: see *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98. In *Collins*, *supra*, a majority of this Court examined the factors to be balanced in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. These factors, as this Court noted in *Simmons*, *supra*, can be organized into three categories. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The

aux autorités de recouvrer la substance. La preuve obtenue en l'occurrence était une preuve matérielle et elle n'aurait pas rendu le procès de l'appellant inéquitable. Cependant, l'administration de la justice serait davantage déconsidérée si la cour ne se dissociait pas de la conduite des policiers en n'écartant pas cette preuve. Les actes des policiers ont constitué des violations délibérées, flagrantes et graves des droits garantis à l'appelant par la *Charte* dans des circonstances où il n'y avait aucun sentiment d'urgence ou de nécessité. En conséquence, le juge Harradence aurait écarté la preuve et rejeté l'appel.

Analyse

Je souligne dès le début que l'intimée a reconnu, dans son mémoire et dans son argumentation orale, l'existence des violations de l'art. 8 et des al. 10a) et b) de la *Charte*, compte tenu particulièrement des arrêts de notre Cour *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. La seule question en litige qui reste à trancher est de savoir si la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Ce paragraphe est ainsi conçu:

24. ...

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

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel: voir *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour, à la majorité, a examiné les facteurs à soupeser pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ces facteurs, comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Simmons*, précité, peuvent se classer en trois

second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. In general terms, the purpose of the section is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. As I stated in *Collins, supra*, at p. 281, this further disrepute results from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. As well, and this is a point that bears repetition especially when a very serious crime might go unpunished because of the exclusion of evidence, it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice that must be considered. In other words, while I, and surely most people, would like to see the appellant convicted and punished severely for the offences with which he is charged, the long-term effect of admitting evidence obtained in a manner that infringed the *Charter* on the basis that the offence is a very serious one, would lead to the result that s. 24(2) will only be used to exclude evidence when less serious crimes are involved.

Before explicitly addressing the issue of whether the evidence should be excluded, I find it necessary to at some length review the nature of the violations in this case and the parties' positions. On the issue of the s. 8 violation, the appellant submits that the finding of the trial judge to the effect that he was arrested at the airport on outstanding traffic warrants was based on a finding as to the credibility of the two police witnesses, Constables Hammond and Ingraham. The appellant further submits that the search did not fall within the statutory authority given by s. 10 of the *Narcotic Control Act* because the airport, being a public place, is not a "place" for the purposes of the Act:

catégories. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. En général, l'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance. Comme je l'ai déjà dit dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 281, cette déconsidération additionnelle découlerait de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes d'enquête et de poursuite. De même, il vaut la peine de le répéter, surtout quand un crime très grave pourrait rester impuni à cause de l'exclusion de la preuve, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. En d'autres termes, bien que j'aimerais, comme la plupart des gens certainement, voir l'appelant déclaré coupable et puni sévèrement pour les infractions dont il est inculpé, utiliser la preuve obtenue d'une manière contraire à la *Charte*, pour le motif qu'il s'agit d'une infraction très grave, aurait pour conséquence à long terme que le par. 24(2) servirait à écarter la preuve seulement dans le cas d'infractions moins graves.

Avant d'aborder explicitement la question de savoir s'il faut écarter la preuve, j'estime nécessaire de m'attarder quelque peu sur la nature des violations de la *Charte* en l'espèce et les arguments des parties. Au sujet de la violation de l'art. 8, l'appelant soutient que la conclusion du juge du procès selon laquelle il a été mis en état d'arrestation à l'aéroport en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation dépend d'une conclusion sur la crédibilité des deux témoins policiers, les agents Hammond et Ingraham. L'appelant soutient de plus que la fouille ne relevait pas du pouvoir que confère l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* parce que l'aéroport, qui est

R. v. Stevens (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (N.S.C.A.), and *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *contra: R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256 (B.C. Co. Ct.) Finally, the appellant submits that this case can be distinguished from *Debot, supra*, because the trial judge found that the search followed a “spurious” arrest for traffic warrants, a holding based on an assessment of credibility. The appellant states that the trial judge implicitly found that the officers did not have reasonable and probable grounds for the importation charge, or in the alternative, did not fully address the issue of reasonable and probable grounds for the arrest in respect of the possession of the heroin. It was precisely the lack of evidence on the issue of reasonable and probable grounds, it is said, that led this Court to order a new trial in the *Collins* case.

In respect of the right to counsel violations, the appellant states that whatever knowledge he had in respect of the heroin on his person, this does not relieve the police from complying with s. 10(a) and (b) of the *Charter*. The appellant submits that his s. 10(a) and (b) *Charter* rights were infringed by Customs Inspectors Lee and Yick, that his s. 10(a) right to be informed promptly of the reason for his arrest was infringed by Constables Hammond and Ingraham, and, having regard to the trial judge’s finding as to the s. 10(a) breach, that his s. 10(b) right to counsel was infringed by the two Constables.

On the application of s. 24(2) of the *Charter* to these violations, the appellant is of the view that the majority of the Court of Appeal erred as to the applicable principles and rules of law. The appellant notes that the majority erred in holding that exclusion only lies where the accused supplies a material fact which would not have been discovered in the absence of the *Charter* violation. In this regard, the majority dealt only with the set of factors relating to the fairness of the hearing and ignored the other two sets of factors relating to the

un lieu public, n’est pas un «endroit» au sens de cette loi: *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (C.A.N.-É.), et *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *contra: R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256 (C. cté C.-B.) Enfin, l’appelant soutient que l’espèce se distingue de l’arrêt *Debot*, précité, parce que le juge du procès a conclu que la fouille faisait suite à une arrestation «truquée» en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation, conclusion qui était fondée sur une évaluation de la crédibilité. L’appelant affirme que le juge du procès a implicitement conclu que les agents de police n’avaient pas de motifs raisonnables et probables au sujet de l’inculpation d’importation, ou, à titre subsidiaire, que le juge du procès n’a pas complètement examiné la question des motifs raisonnables et probables de l’arrestation à l’égard de la possession d’héroïne. C’est précisément l’absence de preuve sur la question des motifs raisonnables et probables, dit-on, qui a amené notre Cour à ordonner un nouveau procès dans l’affaire *Collins*.

Relativement aux violations du droit à l’assistance d’un avocat, l’appelant affirme que même s’il savait qu’il avait de l’héroïne sur sa personne, ce fait ne dispense pas les policiers de se conformer aux al. 10a) et b) de la *Charte*. L’appelant soutient que les inspecteurs des douanes Lee et Yick ont violé les droits que lui garantissaient les al. 10a) et b) de la *Charte*, que les agents Hammond et Ingraham ont violé son droit d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation et qu’en raison de la conclusion du juge du procès relativement à la violation de l’al. 10a), les deux agents de police ont violé son droit à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b).

Quant à l’application du par. 24(2) de la *Charte* à ces deux violations, l’appelant estime que la Cour d’appel, à la majorité, a commis une erreur quant aux principes et aux règles de droit applicables. L’appelant souligne que la majorité a commis une erreur en affirmant qu’il n’y a lieu à exclusion que si l’accusé a dévoilé un fait substantiel qui n’aurait pas été découvert s’il n’y avait pas eu de violation de la *Charte*. À cet égard, la majorité a tenu compte uniquement de la première catégorie de facteurs, ceux qui ont trait à l’équité du procès, et

seriousness of the violation and the overall effects of exclusion versus admission. In addition, the approach of the majority imposes a notion of a causal link expressly rejected by this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

The appellant addresses the seriousness of the violations in respect of the rectal search as follows. He submits that the violation of a person's body is the most serious violation and the standard under s. 24(2) may well be different. As support for this proposition, the appellant cites this Court's decisions in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Simmons, supra*, and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548. The appellant therefore, argues that the evidence ought to be excluded for the following reasons. The finding of the trial judge as to what the accused was told upon his arrest at the airport establishes bad faith on the part of the police. More specifically, the use of the traffic warrants as a "convenient artifice" to keep the appellant in custody was a wilful, deliberate, blatant and flagrant violation. The violations cannot be described as inadvertent since they began in fact with the Customs Inspectors, and formed, therefore, a large pattern of disregard for the appellant's rights. Finally, a rectal search incident to a "spurious arrest" for traffic warrants is a serious violation that ought not to receive judicial condonation especially without an express finding of reasonable and probable grounds at trial.

Despite conceding the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*, the respondent does make two preliminary points in respect of the violations. First, this was not a case where the presence or assistance of counsel at the time of the commission of the offence could have affected the appellant's position. The respondent argues that the police had reasonable and probable grounds to arrest the appellant on the narcotics offence, and although the stratagem used by the police affected the

a laissé de côté les deux autres catégories qui ont trait, l'une à la gravité de la violation et l'autre aux conséquences globales de l'exclusion de la preuve par rapport à son utilisation. De plus, le point de vue de la majorité fait appel à une notion de lien de causalité que cette Cour a expressément rejetée dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

L'appellant parle de la gravité des violations liées à la fouille rectale dans les termes suivants. Il soutient que la violation de l'intimité physique d'une personne est la violation la plus grave qui soit et que la norme à appliquer en vertu du par. 24(2) pourrait bien être différente. Pour étayer son affirmation, l'appellant invoque les arrêts de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Simmons*, précité, et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548. L'appellant soutient donc que les éléments de preuve devraient être écartés pour les motifs suivants. La conclusion du juge du procès quant à ce qui a été dit à l'accusé lors de son arrestation à l'aéroport établit la mauvaise foi des policiers. Plus précisément, le recours aux mandats relatifs à des infractions à la circulation comme [TRADUCTION] «artifice commode» pour garder l'appellant sous garde constituait une violation volontaire, délibérée, criante et flagrante. On ne peut pas dire que ces violations ont été commises par inadvertance puisqu'elles ont commencé en fait par celle des inspecteurs des douanes et qu'elles ont pris, par la suite, la forme d'un mépris systématique des droits de l'appellant. Enfin, la fouille rectale incidente à «l'arrestation truquée» en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation constitue une violation grave que la justice doit condamner, surtout en l'absence au procès de conclusion expresse à l'existence de motifs raisonnables et probables.

Même si elle reconnaît les violations des art. 8 et 10 de la *Charte*, l'intimée fait deux remarques préliminaires à leur sujet. Premièrement, il ne s'agit pas d'un cas où la présence ou l'assistance d'un avocat au moment de la perpétration de l'infraction aurait pu modifier la situation de l'appellant. L'intimée soutient que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appellant pour une infraction en matière de stupéfiants et que, même

appellant's *Charter* rights, it did not affect the lawfulness of the search. Once lawfully arrested, the police were entitled, as incident thereto, to search the appellant's person for narcotics. The recovery of the heroin was inevitable. Second, the irony of this case, in the respondent's view, is that the police did have reasonable and probable grounds to conduct the search. No ruse was necessary in the first place. Their story to him about the traffic warrants has, in hindsight, provided the appellant with a "technical" basis upon which to impugn the evidence.

The respondent submits that the majority of the Court of Appeal correctly articulated and applied the principles under s. 24(2) of the *Charter*. In respect of the fairness of the trial, it is said that the admission of the evidence would not affect the appellant's trial because the evidence is real evidence that was not obtained as a result of the participation of the accused. With respect to the seriousness of the violations, the respondent makes the following points. There was a need to proceed expeditiously with the search. Narcotics are easily disposed of, and the police had to act quickly to preserve the evidence. The rectal search was only conducted as a last resort, and indeed was the final stage of a process that began with a simple luggage search. At all times the appellant was treated courteously and with proper regard for his dignity. The appellant's knowledge that he was carrying the heroin is, in the respondent's view, significant. The failure to provide him with the proper reason for the arrest, though foolish, was not as serious in light of the fact that the appellant knew he had the drugs, and fully understood the reason for the police attention to him.

The respondent would distinguish cases like *Pohoretsky*, *supra*, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, where this Court excluded real evidence. In *Pohoretsky* the police seized a blood sample of an accused without consent and while he was unconscious. In *Genest*, a number of police

si le stratagème employé par les policiers violait les droits que l'appelant avait en vertu de la *Charte*, il ne portait pas atteinte à la légalité de la fouille. Une fois qu'ils l'avaient arrêté légalement, les policiers pouvaient, accessoirement à l'arrestation, fouiller l'appelant à la recherche de stupéfiants. La récupération de l'héroïne était inévitable. Deuxièmement, l'ironie du cas tient à ce que, d'après l'intimée, les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille. Il n'était pas nécessaire au départ de recourir à la ruse. Ce que les policiers ont dit à l'appelant au sujet des mandats relatifs à des infractions à la circulation lui a fourni, après coup, un moyen « technique » de contester la preuve.

L'intimée soutient que la Cour d'appel, à la majorité, a correctement exposé et appliqué les principes qui découlent du par. 24(2) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'équité du procès, on soutient que l'utilisation de la preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès de l'appelant parce qu'il s'agit d'une preuve matérielle qui n'a pas été obtenue grâce à la participation de l'accusé. Au sujet de la gravité des violations, l'intimée présente les arguments suivants. Il était nécessaire de procéder à la fouille rapidement. Il est facile de se débarrasser de stupéfiants et les policiers devaient agir rapidement pour préserver les éléments de preuve. La fouille rectale n'a été effectuée qu'en dernier recours et, en fait, elle a constitué la dernière étape d'un processus qui avait commencé par une simple fouille de bagages. L'appelant a toujours été traité avec courtoisie et avec tout le respect qui lui était dû. Le fait que l'appelant savait qu'il transportait de l'héroïne est important, selon l'intimée. L'omission de lui donner le véritable motif de l'arrestation, quoiqu'elle ait constitué une bêtise, n'était pas tellement grave si on considère que l'appelant savait qu'il transportait de la drogue et qu'il saisissait parfaitement pourquoi les policiers s'intéressaient à lui.

L'intimée ferait la distinction d'avec les arrêts *Pohoretsky*, précité, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, dans lesquels cette Cour a écarté des éléments de preuve matérielle. Dans l'affaire *Pohoretsky*, les policiers avaient saisi un échantillon du sang d'un accusé sans son consentement

officers executed a defective warrant on a house by smashing in a door without warning. The respondent submits that in both those cases, unlike the case at bar, the police had no lawful authority to do what they did. In the case at bar, the police searched incident to a lawful arrest, though the search was tainted by the *Charter* violations. Finally, this is not a case where the integrity of the judicial system would be impugned if the evidence is admitted. The exclusion would suppress the truth and lead to an acquittal of a person knowingly involved in a "serious social evil". Therefore, the respondent submits that there was no basis for excluding the evidence.

In my view the key component of the *Collins* "test" to determine the admissibility of evidence in this appeal is the second set of factors, namely the seriousness of the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In respect of the first factor, the fairness of the trial, it is apparent that what is involved here is real evidence, the existence of which did not depend on the *Charter* violations. Therefore, the admission of the evidence at trial would not, generally speaking, render the trial unfair.

On the question of the seriousness of the violations, there is disagreement between the parties as to the nature of the violations although both sides agree that there were violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In my view, the core difference centres on whether the police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession, and therefore trying to import into Canada, an illegal narcotic. In some respects the case at bar may be seen as somewhat analogous to the *Collins* case where the disposition was based in part on the need to clarify the existence of reasonable and probable grounds of the police. I find it necessary then, to refer to the record of the case at bar to assess the existence of such grounds in order to better evaluate the seriousness of the *Charter* violations.

At trial, Customs Inspector Lee testified that he was given an "alert" regarding the appellant, more

alors qu'il était inconscient. Dans l'affaire *Genest*, plusieurs agents de police avaient exécuté un mandat de perquisition entaché de vices en fracassant la porte de l'habitation sans avertissement.

^a L'intimée soutient que dans ces deux affaires, à la différence de l'espèce, les policiers n'étaient pas légalement autorisés à faire ce qu'ils avaient fait. En l'espèce, la fouille faite par la police était accessoire à une arrestation légale, même si elle a été viciée par des violations de la *Charte*. Enfin, il ne s'agit pas d'un cas où l'intégrité du système judiciaire pourrait être ternie si la preuve était utilisée. L'exclusion de la preuve masquerait la vérité et aboutirait à l'acquittement d'une personne qui a sciemment participé à un «fléau social grave». En conséquence, l'intimée fait valoir qu'il n'y a pas de motif d'écarter la preuve.

^d À mon avis, l'élément clé du «critère» de l'arrêt *Collins* applicable pour déterminer l'admissibilité de la preuve en l'espèce est le second ensemble de facteurs, c'est-à-dire la gravité des violations des art. 8 et 10 de la *Charte*. Pour ce qui est du premier facteur, l'équité du procès, il est manifeste que nous sommes ici en présence d'une preuve matérielle dont l'existence ne dépend pas des violations de la *Charte*. Donc, l'utilisation de la preuve au procès n'aurait pas pour effet généralement de le rendre inéquitable.

Quant à la gravité des violations, les parties ne s'accordent pas sur la nature de ces violations, quoiqu'elles reconnaissent toutes les deux qu'il y a eu violation des art. 8 et 10 de la *Charte*. À mon avis, la différence fondamentale tient à savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait un stupéfiant illégal en sa possession et qu'il tentait, en conséquence, de l'importer au Canada. Sous certains aspects, on peut trouver des ressemblances entre l'espèce et l'affaire *Collins*, où il a été notamment nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, de clarifier l'existence de motifs raisonnables et probables de la part des policiers. J'estime donc nécessaire de me référer au dossier de l'espèce pour déterminer s'il existait de tels motifs afin de mieux évaluer la gravité des violations de la *Charte*.

^j Au procès, l'inspecteur des douanes Lee a témoigné qu'il avait reçu un avertissement au sujet de

specifically that he was coded as “hot”. This advice was in the form of an R.C.M.P. “lookout” that the appellant “may be carrying some narcotic”. Customs Inspector France, the primary customs inspector, also testified that he was given the same “lookout” sheet that included the name and description of the appellant. Constable Hammond testified that on the basis of “confidential information received and background investigation” he had “grounds to believe . . . that he [Greffe] was going to be in possession of an unknown amount of heroin”. After that statement, the following important exchange took place at the trial:

Mr. Scott [Defence Counsel]: My Lord, I admit that statement only for the obvious purpose that that is the basis.

The Court: It’s information to him and nothing more.

Mr. Scott: Very good, I just wanted to put that on the record. Thank you.

Mr. Fenwick [Crown Counsel]: That’s right, My Lord. I might state on the record that the reasonable and probable grounds are an issue and that is what the evidence directed towards not the fact or the contents. [Emphasis added.]

Significantly in my view, although the Crown conceded that reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin was a live issue, the Crown at no point in the trial established that those grounds existed or even led evidence in support of their existence. The only other references to the grounds were indirect. Constable Hammond in cross-examination stated that “[i]t was my intention for the entire week prior that he [Greffe] would be arrested upon his arrival for importing narcotics”. Constable Ingraham said the following in his testimony:

The matter of—of being at the airport at the time of the incident was to investigate a drug related matter to begin with and not the traffic warrants.

There are no further references, explicit or implicit, to reasonable and probable grounds.

l’appelant et, plus précisément, qu’il était considéré comme [TRADUCTION] «fortement susceptible d’enfreindre la loi». Cet avertissement consistait en un avis de guêt de la GRC indiquant que a l’appelant «pouvait transporter des stupéfiants». L’inspecteur des douanes France, chargé des inspections primaires, a aussi témoigné qu’il avait reçu le même avis de guêt qui donnait le nom et le signalement de l’appelant. L’agent Hammond a b témoigné qu’en raison [TRADUCTION] «de renseignements confidentiels reçus et d’une enquête sur les antécédents», il avait «des motifs de croire qu’il [Greffe] serait en possession d’une quantité indéterminée d’héroïne». Voici l’échange de propos c important qui a suivi cette affirmation au procès:

[TRADUCTION] M^e Scott [avocat de la défense]: Votre Honneur, j’accepte ce témoignage évidemment parce qu’il constitue la raison.

d La Cour: Ce sont des renseignements qu’il avait et rien de plus.

M^e Scott: Très bien, je voulais seulement le faire noter au dossier. Merci.

e M^e Fenwick [substitut du procureur général]: C’est juste, votre Honneur. Je pourrais ajouter, pour les fins du dossier, que la question des motifs raisonnables et probables est encore en litige et c’est ce qui était visé par la preuve et non les faits ou la substance. [Je souligne.]

f J’estime qu’il est révélateur que, même si la poursuite a reconnu que la question des motifs raisonnables et probables de croire que l’appelant avait de l’héroïne en sa possession était encore en litige, g à aucun moment durant le procès, elle n’a prouvé l’existence de ces motifs, ni présenté quelque preuve tendant à prouver leur existence. Les seules autres mentions des motifs ont été indirectes. En contre-interrogatoire, l’agent Hammond a affirmé: h [TRADUCTION] «[j]’ai eu l’intention, pendant toute la semaine précédente, de le [Greffe] faire arrêter pour importation de stupéfiants à son arrivée». L’agent Ingraham a dit ceci dans sa déposition:

i [TRADUCTION] La raison pour laquelle nous étions à l’aéroport au moment de cet incident était d’abord de faire enquête au sujet d’une affaire de drogue et non de faire enquête au sujet des mandats relatifs à des infractions à la circulation.

j Il n’y a pas d’autre mention explicite ou implicite des motifs raisonnables et probables.

In his reasons, the trial judge drew the conclusion that the police had confidential and reliable information concerning the appellant's attempt to import the heroin. This was clear, the trial judge stated, from the recovery of the heroin itself. As I noted above, the trial judge erred in engaging in this type of *ex post facto* analysis. It was incumbent upon the Crown to establish at trial, if it could, the basis upon which the police claimed to have reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin. This would have been done through an inquiry into the source and reliability of the "confidential information" in the possession of the police. At the appellate level, the majority of the Court of Appeal relied on the trial judge's finding to conclude that the police had reasonable and probable grounds to believe the appellant was in possession of the heroin.

In my view, nowhere in the procedural history of this case is there any proper inquiry into the basis on which the police originally formed the opinion that the appellant was carrying the heroin. Obviously, in retrospect they were right, and the trial judge points this out, but this is simply looking to the result of the search as confirmation. What should have happened is that the police should have been asked at trial about the confidential information to determine if, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the accused was carrying the heroin. The absence of this inquiry is extremely important since it goes to the assessment of the seriousness of the *Charter* violations, and more specifically the element of good or bad faith on the part of the police in conducting the search.

With reference to confidential information received by the police, the recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498 is of some note. In that case, the police seized "certain plant material" after a warrantless search of a truck driven by the accused. The search was based on a tip received by a confidential informant that the

Dans ses motifs, le juge du procès a conclu que les policiers avaient des renseignements confidentiels et sûrs au sujet de la tentative de l'appelant d'importer de l'héroïne. Cela ressortait clairement, d'après le juge du procès, de la récupération de l'héroïne elle-même. Comme je l'ai déjà souligné, le juge du procès a commis une erreur en procédant à ce genre d'analyse après le fait. Le ministre public avait l'obligation de prouver au procès, s'il le pouvait, la raison pour laquelle les policiers soutenaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. Cette preuve aurait été faite sous forme d'examen de la source et de la fiabilité des «renseignements confidentiels» que la police détenait. À l'étape de l'appel, la Cour d'appel, à la majorité, s'est fondée sur la constatation du juge du procès pour conclure que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession.

À mon avis, il n'y a nulle part, dans le déroulement des procédures en l'espèce, d'examen suffisant de la raison pour laquelle les policiers ont cru au départ que l'appelant transportait de l'héroïne. Manifestement, après coup, ils avaient raison et le juge du procès le souligne, mais c'est simplement prendre le résultat de la fouille à titre de confirmation. Ce qui aurait dû se produire c'est que les policiers auraient dû être interrogés, lors du procès, au sujet des renseignements confidentiels afin de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait l'héroïne. L'omission de poser ces questions est extrêmement importante puisqu'elle touche l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* et, plus précisément, l'élément de bonne ou de mauvaise foi des policiers au moment de procéder à la fouille.

Pour ce qui est des renseignements confidentiels que la police avait reçus, il vaut la peine de mentionner l'arrêt récent de la Cour d'appel de la Saskatchewan *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498. Dans cette affaire, les policiers avaient saisi [TRADUCTION] «certaines matières végétales» après avoir fouillé sans mandat un camion conduit par l'accusé. La fouille faisait suite à un renseigne-

accused was in possession of marijuana. The Court of Appeal upheld the trial judge's determination that the search was unreasonable and that the evidence ought to be excluded. Tallis J.A. quoted the following passage from the trial judge's reasons at p. 501:

In the instant case I know nothing whatsoever about the informer. For reasons never disclosed to me, I was not favoured with the presence of Cst. Volek [the police officer who passed on the "tip" to the arresting officer] in the witness-box. As a result, it is impossible to make any judicial determination as to the veracity or reliability of the informer. Since I cannot make such a determination, it is equally impossible for me to make a determination, whether reasonable and probable grounds existed. This being so, it follows that the Crown has failed to demonstrate the existence of the necessary grounds and the search must be held unlawful and a violation of . . . s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At page 502 of the judgment, Tallis J.A. continues with another significant quote from the trial judge about the respective roles of the Crown, the police and the court:

It is not for the court to determine what evidence the Crown will adduce, but equally the court will not act upon a deficiency of evidence. Nor will it embark upon speculation.

When police officers act on information which is hearsay two or three times removed it is not correct to ask a court to endorse those actions without making available to the court all of the preceding facts and circumstances. Were a court to simply accept what is stated by the last person in the chain as reliable and accurate would be to abdicate to the police the judicial function.

The leading case in the area of assessing confidential information is *Debot, supra*, a decision by Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal held that information supplied by a reliable informant may provide the "reasonable and probable grounds to believe" in order to justify the granting of a search warrant. That reasoning is applied by the court when the issue is reasonable and probable grounds to justify a warrantless search, as in the case at bar. The test for

ment confidentiel donné par un informateur selon lequel l'accusé avait de la marijuana en sa possession. La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès que la fouille avait été abusive et qu'il fallait écarter cette preuve. Le juge Tallis cite l'extrait suivant des motifs du juge du procès, à la p. 501:

[TRADUCTION] En l'espèce, je ne sais absolument rien de l'informateur. Pour des raisons qui ne m'ont pas été données, je n'ai jamais eu l'occasion de voir l'agent Volek [l'agent de police qui a communiqué le renseignement à l'agent qui a procédé à l'arrestation] à la barre. En conséquence, il m'est impossible de juger de façon judiciaire de la fiabilité ou de la crédibilité de l'informateur. N'étant pas en mesure de procéder à cette évaluation, il m'est aussi impossible de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables. Dans ces conditions, il s'ensuit que la poursuite a omis de faire la preuve de l'existence des motifs nécessaires et que la fouille doit être déclarée illégale et contraire à [. . .] l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À la page 502 de l'arrêt, le juge Tallis reproduit un autre passage important des motifs du juge du procès, au sujet des rôles respectifs du ministère public, de la police et des cours de justice:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas aux tribunaux de décider quelle preuve le ministère public présentera, mais les tribunaux ne suppléeront pas aux déficiences de preuve. Ils ne se livreront pas non plus à des spéculations.

Quand les agents de police agissent en fonction de renseignements qui constituent du ouï-dire, à deux ou trois niveaux, il ne convient pas de demander au tribunal d'entériner cette conduite sans qu'on lui expose tous les faits et toutes les circonstances qui l'ont précédée. Si le tribunal se contentait de tenir pour fiables et exacts les propos de la dernière personne de la chaîne, il renoncerait à sa fonction judiciaire en faveur de la police.

L'arrêt de principe sur l'évaluation des renseignements confidentiels est l'arrêt *Debot*, précité, du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a statué que les renseignements fournis par un informateur fiable peuvent fournir les «motifs raisonnables et probables de croire» exigés pour la délivrance d'un mandat de perquisition. La cour applique ce raisonnement quand il s'agit de décider s'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille sans mandat comme

assessing the information is as follows, at pp. 218-19:

I am of the view that such a mere conclusory statement made by an informer to a police officer would not constitute reasonable grounds for conducting a warrantless search . . . Highly relevant . . . are whether the informer's "tip" contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any *indicia* of his or her reliability, such as the supplying of reliable information in the past or confirmation of part of his or her story by police surveillance.

In the case at bar all that is on the record is a bald statement by the officer in respect of "confidential information received and background investigation". The Crown conceded at trial that the existence of reasonable and probable grounds was an issue, and yet they did not put on the record anything on which the trial judge could have assessed if the confidential information gave rise to reasonable and probable grounds. If the confidential information did not meet the standard set out by Martin J.A. in *Debot*, then the subsequent misinformation regarding the reason for the arrest takes on a more serious complexion, indeed in my view a fatal one, than it otherwise would if reasonable and probable grounds for the officers to believe that the appellant was carrying heroin existed. In my view, this case is not like that of *Collins, supra*, where an erroneous ruling by the trial judge following a clearly unfounded objection by the defence prevented the Crown from leading evidence to support the existence of reasonable and probable grounds. In the case at bar the Crown had every opportunity to elicit from the police the kind of information referred to by Martin J.A. in *Debot*, information that may have substantiated the claim that the police had reasonable and probable grounds to believe the appellant was carrying heroin. For whatever reason, no such evidence was led, and as a result the only way the trial judge could reach the conclusion that the reasonable and probable grounds existed was to refer to the results of the search, a chain of reasoning that is, with respect, in error. Unlike in *Collins*, where this Court resolved the uncertainty as regards the

en l'espèce. Le critère qui sert à évaluer les renseignements est ainsi formulé, aux pp. 218 et 219:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un motif raisonnable de procéder à une fouille sans mandat. [. . .] Parmi les questions très pertinentes [. . .] il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur, comme le fait d'avoir fourni, dans le passé, des renseignements sûrs ou la confirmation d'une partie de ses renseignements par la surveillance policière.

En l'espèce, tout ce que nous avons au dossier est une simple affirmation de l'agent de police au sujet «de renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents». Le ministère public a reconnu au procès que la question des motifs raisonnables et probables était encore en litige, mais il n'a pourtant rien produit au dossier qui aurait pu permettre au juge du procès de déterminer si les renseignements confidentiels suscitaient des motifs raisonnables et probables. Si les renseignements confidentiels ne satisfaisaient pas à la norme énoncée par le juge Martin dans l'arrêt *Debot*, alors le faux renseignement quant au motif de l'arrestation revêt un caractère plus grave et même, à mon avis, décisif, qu'il n'aurait pas si les agents de police avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant transportait de l'héroïne. À mon avis, l'espèce diffère de l'affaire *Collins*, précitée, dans laquelle une décision erronée du juge du procès suite à une opposition manifestement mal fondée de la part de la défense a empêché le ministère public de présenter des éléments de preuve visant à établir l'existence de motifs raisonnables et probables. En l'espèce, le ministère public a eu tout le loisir de demander aux policiers le genre de renseignements dont parle le juge Martin dans l'arrêt *Debot*, lesquels renseignements auraient pu établir le bien-fondé de la prétention des agents de police qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant transportait de l'héroïne. Pour une raison ou une autre, ces éléments de preuve n'ont pas été présentés et, en conséquence, la seule façon dont le juge du procès pouvait conclure qu'il existait des motifs

existence of reasonable and probable grounds by ordering a new trial, in the case at bar I would resolve the doubt against the Crown, which had the burden of persuasion, and did not meet that burden. As I stated in *Collins*, at p. 278, reiterating the words of Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 161:

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

In *Collins* it was the incorrect ruling of the trial judge that prevented the Crown from leading evidence of the basis for the police officer's grounds for searching Ms. Collins. In the case at bar the Crown simply did not lead the necessary evidence to establish the existence of reasonable and probable grounds. The consequences of this failing of the Crown must rest with it, since it is the Crown's obligation to establish those grounds. Since the trial judge in this case erred in law by concluding that the police had reasonable and probable grounds based on the results of the search, and since the record reveals no evidence to support the existence of the grounds beyond a conclusory statement by the police, I find myself unfortunately given no other choice but to proceed on the premise that the search proceeded as incident to an arrest for outstanding traffic warrants and not on the basis of reasonable and probable grounds of belief that the appellant was in possession of heroin. This, in my view, is the most determinative factor in this case.

In assessing the seriousness of the *Charter* violations in this case, one must not disregard the fact that the appellant's rights were infringed even before the rectal exam took place. Indeed, it is necessary to briefly refer to the strip search that

raisonnables et probables consistait à invoquer les résultats de la fouille, une façon de raisonner qui, à mon avis, est erronée. À la différence de l'arrêt *Collins* où notre Cour a levé le doute au sujet de l'existence de motifs raisonnables et probables en ordonnant un nouveau procès, en l'espèce, je lèverais le doute en concluant contre le ministère public qui avait le fardeau de persuasion et qui ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Collins*, à la p. 278, après avoir cité les propos du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 161:

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

Dans l'affaire *Collins*, c'était la décision erronée du juge du procès qui avait empêché le ministère public de présenter des éléments de preuve relativement aux motifs que les policiers avaient eu de fouiller M^{me} Collins. En l'espèce, le ministère public a simplement omis de présenter les éléments de preuve requis pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables. Le ministère public doit supporter les conséquences de cette omission puisque c'est lui qui est tenu de prouver l'existence de ces motifs. Puisque le juge du procès en l'espèce a commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables à cause des résultats de la fouille et que le dossier ne comporte aucun élément de preuve établissant l'existence de ces motifs, hormis l'affirmation non étayée des policiers, je n'ai malheureusement pas d'autre choix que de présumer que la fouille a été exécutée accessoirement à l'arrestation en vertu des mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et non en fonction des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. C'est à mon avis, le facteur le plus déterminant dans la présente affaire.

Pour évaluer la gravité des violations de la *Charte* commises en l'espèce, il faut se rappeler que les droits de l'appellant ont été violés avant même qu'on procède à la fouille rectale. En fait, il est nécessaire de mentionner brièvement la fouille

took place at the airport, conducted by Customs Inspectors Lee and Yick. It is clear that in conducting a secondary search of this kind, the customs inspectors detained the appellant. As the Chief Justice noted in *Simmons, supra*, at p. 521:

... when a person is taken out of the normal course and forced to submit to a strip search that person is detained within the meaning of s. 10.

In the case at bar, the appellant was not informed of the reason for the detention nor was he informed of the right to retain and instruct counsel without delay. In the case of a customs strip search, the *Customs Act* provides for a review of the search before it takes place by a police magistrate, justice of the peace or a chief officer at the border who shall, if there is no reasonable cause for the search, discharge the person. The importance of being given the opportunity to retain counsel in such a situation was underscored by the Chief Justice in *Simmons, supra*, at p. 531:

Counsel could also have ensured that the statutory standard of reasonable cause to suppose had been satisfied and assured the appellant that there were proper grounds to warrant a search. In my view, the denial of the appellant's right to counsel cannot avoid having an impact on the reasonableness of the subsequent search of the appellant.

Although the Court has not been asked to decide the point, I am of the view that the denial of the right to counsel in this case in conjunction with the absence of any explanation to the appellant of her rights under the *Customs Act* rendered the search unreasonable. The violation of the right to counsel deprived the appellant of her ability to exercise a legal right provided in the *Customs Act*. A search that might not have been conducted had the appellant had the benefit of legal advice was performed in circumstances in which the appellant was ignorant of her legal position. [Emphasis added.]

Even before the rectal exam took place then, the appellant, if given the reason for the detention and the right to counsel, might have afforded himself an opportunity to contact counsel to have the "confidential information" on which the search allegedly was based tested to see if there were indeed reasonable and probable grounds to conduct the strip search let alone the rectal exam. The

à nu exécutée à l'aéroport par les inspecteurs des douanes Lee et Yick. Il est manifeste qu'en procédant à un examen secondaire de ce genre, les inspecteurs des douanes ont détenu l'appelant.

a Comme le dit le Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 521:

... une personne à qui l'on cesse d'appliquer la procédure normale et que l'on force à subir une fouille à nu est détenue au sens de l'art. 10.

b En l'espèce, l'appelant n'a pas été informé du motif de sa détention, ni de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Dans le cas d'une fouille à nu effectuée aux douanes, la *c* *Loi sur les douanes* prévoit, avant qu'elle n'ait lieu, une vérification de la fouille par un magistrat de police, un juge de paix ou un préposé en chef du bureau de douane qui doit mettre la personne en liberté s'il n'y a pas de motifs raisonnables de *d* procéder à la fouille. Le Juge en chef a souligné, dans l'arrêt *Simmons*, précité, l'importance d'avoir la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat dans ces circonstances, à la p. 531:

e L'avocat aurait pu également s'assurer que l'on avait satisfait à la norme des motifs raisonnables de supposer fixée par la Loi et certifier à l'appelante qu'il existait des motifs légitimes de procéder une fouille. À mon avis, il est impossible que la négation du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'influe pas sur *f* le caractère raisonnable de la fouille qu'on lui a fait subir par la suite.

Bien qu'on n'ait pas demandé à la Cour de trancher cette question, je suis d'avis que la négation du droit à *g* l'assistance d'un avocat en l'espèce, conjuguée à l'omission d'expliquer à l'appelante ses droits en vertu de la *Loi sur les douanes*, a rendu la fouille abusive. La violation du droit à l'assistance d'un avocat a empêché l'appelante d'exercer un droit conféré par la *Loi sur les douanes*. Une fouille, qui n'aurait peut-être pas eu lieu si l'appelante avait bénéficié des conseils d'un avocat, a été effectuée dans des circonstances où l'appelante ne connaissait pas ses droits. [Je souligne.]

i Même avant l'examen rectal, si l'appelant avait connu le motif de sa détention et eu la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat, il aurait peut-être profité de cette possibilité de communiquer avec un avocat pour faire vérifier les «renseignements confidentiels» qui justifiaient, a-t-on dit, *j* la fouille afin de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à

case at bar is one where, as I stated in *R. v. Debot*, *supra*, at pp. 1147-48 the violation of s. 10 of the *Charter* goes to the very reasonableness of the search. In my view, the relationship in this case between the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter* renders the violations more serious than if the breach of s. 10 was very remote from the strip search.

A further consideration in assessing the seriousness of the *Charter* violations is the nature of the searches in this case, which progressed from the search of baggage and frisk of outer clothing to the strip search to, finally, the rectal examination. In respect of the body cavity type of search, the Chief Justice in *Simmons*, *supra*, stated the following at p. 517:

The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means . . . Searches of the third or bodily cavity type may raise entirely different constitutional issues for it is obvious that the greater the intrusion, the greater must be the justification and the greater the degree of constitutional protection.

I hasten to add that in this case the fact that a rectal examination was conducted as incident to an arrest for traffic warrants and absent any evidence on the record of reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of heroin, makes the unreasonable search an extremely serious violation of the appellant's *Charter* rights. Indeed, it is the intrusive nature of the rectal search and considerations of human dignity and bodily integrity that demand the high standard of justification before such a search will be reasonable. To paraphrase somewhat my statement in *Collins*, *supra*, at p. 288, we cannot accept that police officers subject persons to rectal examinations incident to arrests for traffic warrants when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are actually in possession of drugs. It is imperative that the Court,

nu et surtout à l'examen rectal. La présente affaire est un cas où, comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *R. c. Debot*, précité, aux pp. 1147 et 1148, la violation de l'art. 10 de la *Charte* entache le caractère raisonnable même de la fouille. À mon avis, le lien qui existe en l'espèce entre les violations des art. 8 et 10 de la *Charte* rend ces violations plus graves que si celle de l'art. 10 avait été très étrangère à la fouille à nu.

Un autre facteur à considérer dans l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* est la nature des fouilles pratiquées en l'espèce qui ont progressé de la fouille des bagages, à la fouille par palpation des vêtements extérieurs, à la fouille à nu pour finir par l'examen rectal. Au sujet de l'examen des cavités corporelles, voici ce que dit le Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 517:

Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiètement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiètement des plus poussés. [. . .] Les fouilles de la troisième catégorie ou examen des cavités corporelles peuvent soulever des questions constitutionnelles entièrement différentes puisqu'il est évident que plus l'empiètement sur la vie privée est important, plus sa justification et le degré de protection constitutionnelle accordée doivent être importants.

Je m'empresse d'ajouter qu'en l'espèce le fait qu'un examen rectal ait été exécuté accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation et en l'absence totale au dossier de preuve de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession, transforme la fouille abusive en une violation extrêmement grave des droits garantis à l'appellant par la *Charte*. En réalité, ce sont le caractère envahissant de la fouille rectale et les considérations relatives au respect de la dignité humaine et de l'intégrité corporelle qui commandent une norme sévère de justification pour qu'une telle fouille soit raisonnable. Pour paraphraser ce que j'ai déjà dit dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 288, je dirai que nous ne pouvons accepter que les agents de police soumettent des personnes à un examen rectal

having regard for the long-term consequences of admitting evidence obtained in these circumstances, dissociate itself from the conduct of the police in this case which, always on the assumption that they merely had suspicions, was a flagrant and serious violation of the rights of the appellant. Indeed, in this case the absence of proof of reasonable and probable grounds, or even of "objective articulable facts" to support the officer's suspicions, makes the unreasonable search a more serious *Charter* violation: see *Simmons, supra*, at p. 535, and *Jacoy, supra*, at p. 560.

Further, I am not persuaded that there was any urgency or immediate necessity to conduct the rectal search to prevent the loss or destruction of the evidence. If indeed there were reasonable and probable grounds for the police to believe that the appellant was a drug courier, grounds that were never established by the Crown, then surely the detention of the accused in order to facilitate the recovery of the drugs through the normal course of nature would have been reasonable. Finally, and this is an important consideration in this case, it should be noted there was more than one *Charter* violation at issue. The breaches of the appellant's *Charter* rights were not isolated errors of judgment by the police, but rather were part of a larger pattern of disregard for the appellant's *Charter* rights: see *Genest, supra*, at p. 87. In sum then, I conclude that the violations of the appellant's *Charter* rights were very serious. On the record as it now stands, we have violations of ss. 8 and 10(a) based on the finding that the appellant was subjected to a rectal search incident to an arrest for traffic warrants. Added to this there is the violation of s. 10(b) of the *Charter* by the Customs Inspectors who failed to advise the appellant of the right to retain and instruct counsel before they subjected him to the strip search at the airport. This is a situation, as I noted above, where there is a link between the violation of the right to counsel and the reasonableness of the subsequent search

accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation quand ils n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire que ces mêmes personnes ont réellement de la drogue en leur possession. Compte tenu des conséquences à long terme de l'utilisation des éléments de preuve obtenus dans ces conditions, il est impérieux que notre Cour réproouve la conduite que les policiers ont adoptée en l'espèce, laquelle, toujours en supposant qu'ils n'avaient que des soupçons, a constitué une violation flagrante et grave des droits de l'appellant. En réalité, l'absence de motifs raisonnables et probables en l'espèce, ou même de «faits objectifs précis» qui auraient étayé les soupçons des agents de police, fait de la fouille abusive une violation plus grave de la *Charte*: voir les arrêts *Simmons*, précité, à la p. 535, et *Jacoy*, précité, à la p. 560.

De plus, je ne suis pas convaincu qu'il était urgent, ou même nécessaire dans l'immédiat, de procéder à la fouille rectale pour éviter la perte ou la destruction de la preuve. Si, en réalité, les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant transportait de la drogue, motifs dont le ministère public n'a jamais prouvé l'existence, il aurait certainement été raisonnable de détenir l'appellant dans le but de récupérer la drogue en attendant que la nature fasse son œuvre. Enfin, et c'est un facteur important en l'espèce, il faut souligner que plus d'une violation de la *Charte* est en cause. Les violations des droits que l'appellant avait en vertu de la *Charte* n'ont pas été le fruit d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais elles sont plutôt le résultat d'un mépris systématique des droits que la *Charte* garantissait à l'appellant: voir l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 87. En résumé, je conclus que les violations des droits garantis à l'appellant en vertu de la *Charte* sont très graves. Le dossier, dans son état actuel, révèle l'existence de violations de l'art. 8 et de l'al. 10a) étant donné la conclusion que l'appellant a été soumis à une fouille rectale accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. En plus, il y a la violation de l'al. 10b) de la *Charte* dont les inspecteurs des douanes se sont rendus coupables en n'avisant pas l'appellant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant de le sou-

since counsel may have had a role to play in seeking a review of the grounds for the search before it took place. In short then, this case can be described as one where the seriousness of the cumulative effect of the *Charter* violations militates in favour of excluding the evidence.

I say this in full recognition of the fact that the evidence recovered was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations, and whose admission therefore would not negatively affect the adjudicative fairness of the appellant's trial. It must be recalled, however, that in addition to the consideration of a fair trial, the Court must also consider whether by admitting the evidence it would be condoning unacceptable conduct by the police. It is in that context that I now turn to a consideration of the third set of factors, namely the effect of exclusion as opposed to admission of the evidence. There is no doubt that what is at issue in this case is a serious offence, indeed a serious social evil, the possession and importation of drugs. Further, there is no doubt that but for the exclusion of the evidence, the appellant would be convicted of the counts against him. It must not be forgotten, however, that the inquiry under s. 24(2) cannot be focussed solely on the specific prosecution at issue; it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice which must be considered. As the Chief Justice noted in *Genest, supra*, at p. 82:

While the purpose of the rule is not to allow an accused to escape conviction, neither should it be interpreted as available only in those cases where it has no effect at all on the result of the trial. The consideration whether to exclude evidence should not be so closely tied to the ultimate result in a particular case.

In balancing the long-term consequences of regularly admitting the evidence in this case in the light of how it was obtained against the consequences of excluding it, I conclude that the bal-

mettre à une fouille à nu à l'aéroport. Il s'agit d'un cas où, comme je l'ai déjà fait remarquer, il existe un lien entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat et le caractère raisonnable ou non de la fouille subséquente puisqu'un avocat aurait pu jouer un rôle en demandant un examen des motifs de procéder à la fouille avant que celle-ci n'ait lieu. Bref, on peut dire qu'en l'espèce la gravité de l'effet cumulatif des violations de la *Charte* appelle l'exclusion des éléments de preuve.

Je le dis en étant parfaitement conscient que la preuve obtenue constituait une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et dont l'utilisation ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'appellant. Il faut cependant se rappeler qu'en plus de tenir compte de l'équité du procès, notre Cour doit aussi se demander si l'utilisation de la preuve aurait pour effet d'excuser une conduite inacceptable de la part des policiers. C'est dans ce contexte que j'aborderai l'examen de la troisième catégorie de facteurs, savoir l'effet de l'exclusion de la preuve par rapport à celui de son utilisation. À n'en pas douter, nous sommes ici en présence d'une infraction grave et même d'un fléau social grave, soit la possession et l'importation de drogues. De plus, il ne fait pas doute que, n'était-ce de l'exclusion de la preuve, l'appellant serait déclaré coupable relativement aux chefs d'accusation retenus contre lui. Il faut cependant se rappeler que l'analyse fondée sur le par. 24(2) ne peut se limiter à la poursuite immédiatement en cause; il faut tenir compte des conséquences à long terme qu'aura sur la considération dont jouit l'administration de la justice l'utilisation ou l'exclusion régulière de ce genre de preuve. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 82:

Bien que la règle ne vise pas à permettre à un accusé d'échapper à une déclaration de culpabilité, il faut aussi éviter de lui donner une interprétation selon laquelle on ne peut s'en prévaloir que lorsqu'elle n'a aucune incidence sur l'issue du procès. La décision d'exclure des éléments de preuve ne devrait pas être si étroitement liée à l'issue d'une cause.

En comparant les conséquences à long terme de l'utilisation régulière des éléments de preuve obtenus de la même manière que ceux de l'espèce à celles de leur exclusion, j'arrive à la conclusion

ance tips in favour of exclusion. The administration of our system of justice will be brought into greater disrepute if this Court were to condone, taking the record as it is given to us by the police and the prosecution, the practice of using an arrest for traffic warrants as an artifice to conduct a rectal exam of an accused who the police do not have reasonable and probable grounds to believe is carrying drugs. In fact, even if reasonable and probable grounds existed, support for which was not established by the Crown, there is still the admission by the Crown that the police deliberately failed to provide the appellant with the proper reason for the arrest, thereby infringing his rights under s. 10(a) of the *Charter*. The Crown refers to this as "foolish" and a "blunder", but in fact, it amounts to the police deliberately misleading the appellant and using that deception as an artifice to conduct a highly invasive rectal search. Whatever the motives for this deception, it can only lead to an inference of extreme bad faith on the part of the police in that they wilfully circumvented the *Charter*, a factor which further supports the exclusion of the evidence in this case. This is especially so when what is involved is a violation of the right to counsel as well as a violation of the right to be secure against unreasonable searches. It would be easy, but at the same time very dangerous, to allow the knowledge that the appellant must have had in respect of his possession of the drugs, to influence this Court's assessment of whether the evidence should be excluded. To do so would be to import an *ex post facto* chain of reasoning that finds no place in an inquiry pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

I would further note that a majority of this Court has, in two appeals in which judgment has recently been pronounced, *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, admitted evidence of recorded conversations obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. Those cases are, however, clearly distinguishable from the case at bar. In both *Duarte* and *Wiggins* the

qu'il vaut mieux les écarter. L'administration de notre système de justice serait davantage déconsidérée si notre Cour excusait, compte tenu du dossier présenté par la police et le ministère public, la pratique du recours à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation comme artifice pour faire subir un examen rectal à un accusé au sujet duquel les policiers n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'il transporte de la drogue. En réalité, même s'il existait des motifs raisonnables et probables, dont le ministère public n'a pas tenté de prouver l'existence, il reste quand même l'aveu, par le ministère public, que les policiers ont délibérément omis de donner à l'appelant le véritable motif de son arrestation, enfreignant ainsi les droits que lui garantissait l'al. 10a) de la *Charte*. Le ministère public qualifie cette omission de «bêtise» ou de «bourde», mais ce qui s'est produit en réalité, c'est que les policiers ont délibérément induit l'appelant en erreur et se sont servis de cette supercherie pour procéder à une fouille rectale extrêmement envahissante. Quels que soient les motifs de cette supercherie, elle ne peut qu'amener à conclure qu'il y a eu mauvaise foi exceptionnelle de la part des policiers du fait qu'ils ont délibérément contourné la *Charte*, ce qui constitue un motif supplémentaire d'écarter la preuve en l'espèce. Il en est particulièrement ainsi quand il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat en plus de celle du droit à la protection contre les fouilles abusives. Il serait facile, mais en même temps très dangereux, de laisser le fait que l'appelant devait savoir qu'il avait de la drogue en sa possession, influencer la décision de notre Cour d'utiliser ou d'écarter les éléments de preuve. Agir ainsi reviendrait à s'en remettre à une forme de raisonnement après le fait qui n'a pas sa place dans une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

Je soulignerai en outre que dans deux arrêts récents, *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, notre Cour à la majorité a déclaré admissibles des conversations interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, ces arrêts se distinguent nettement de l'espèce. Dans les deux affaires, *Duarte* et *Wiggins*, les policiers avaient agi de bonne foi en

police acted in good faith reliance on a statutory provision of the *Criminal Code*, specifically s. 178.11(2)(a), which they, very reasonably, believed permitted them to act as they did. In this regard also see my judgment in *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, at p. 308, a case dealing with police reliance on writs of assistance. The case at bar, however, is completely different. There is no element of good faith reliance by the police on a previously unchallenged procedure. Indeed, on the record as it now stands before this Court, there can only be an inference of bad faith in light of the rectal search incident to an arrest for outstanding traffic warrants.

Therefore, and not without great hesitation given the manifest culpability of the appellant, of a crime that I consider heinous, I conclude that the integrity of our criminal justice system and the respect owed our *Charter* are more important than the conviction of this offender. Accordingly, the evidence obtained as a result of the *Charter* violations should be excluded, and the appellant's acquittal at trial restored. I reach this conclusion based on the seriousness of the cumulative effect of the various violations of ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter*, and especially in the absence in the evidence of proof for the claim that the police had reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of drugs, the proof of which rested with the Crown. To admit the evidence in this case would be tantamount to stating that the Crown has satisfied its burden in establishing reasonable and probable grounds for a warrantless search when the police testify that those grounds are based on "confidential information received and background investigation". To adopt this position would, in my view, be an abdication of the proper judicial function to the police, and would be dangerously regressive especially in this case where what is at issue is a highly invasive rectal search. To repeat, this Court cannot condone rectal searches incident to an arrest for outstanding traffic warrants. I would, accordingly,

s'appuyant sur une disposition du *Code criminel*, précisément l'al. 178.11(2)a), qui, d'après ce qu'ils ont cru très raisonnablement, les autorisait à agir comme ils l'ont fait. À cet égard, on peut consulter mes motifs de jugement dans l'affaire *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, à la p. 308; il s'agit d'une affaire d'utilisation par les policiers de mandats de main-forte. L'espèce est tout à fait différente. Il n'y a pas d'élément de recours de bonne foi par les policiers à une procédure qui n'a jamais été contestée. En réalité, selon le dossier soumis à notre Cour, nous ne pouvons conclure qu'à la mauvaise foi en raison de la fouille rectale accessoire à une arrestation découlant de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation.

En conséquence, mais non sans beaucoup d'hésitation étant donné que l'appelant est manifestement coupable d'une infraction que je trouve odieuse, je conclus que l'intégrité de notre système de justice criminelle et le respect que nous devons à la *Charte* importent davantage que la déclaration de culpabilité de ce contrevenant. En conséquence, il y a lieu d'écarter les éléments de preuve obtenus par suite de violations de la *Charte* et de rétablir l'acquittement de l'appelant prononcé au procès. J'arrive à cette conclusion à cause de la gravité de l'effet cumulatif des diverses violations de l'art. 8 et des al. 10a) et b) de la *Charte*, et surtout à cause de l'absence de tout élément de preuve étayant l'affirmation selon laquelle les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de la drogue en sa possession, affirmation dont la preuve incombait au ministère public. Utiliser cette preuve en l'espèce reviendrait à dire que le ministère public s'est acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait à l'égard des motifs raisonnables et probables d'exécuter une fouille sans mandat quand les policiers ont témoigné que ces motifs reposaient sur «de[s] renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents». Adopter cette position reviendrait, selon moi, à renoncer en faveur des policiers à l'exercice de la fonction judiciaire légitime, ce qui serait dangereusement rétrograde, surtout en l'espèce où l'objet du litige est une fouille rectale très envahissante. Encore une fois, notre Cour ne peut excuser les fouilles rectales

allow the appeal, exclude the evidence and restore the appellant's acquittal.

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

Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart, Calgary.

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

accessoires à une arrestation découlant de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'écarter la preuve et de rétablir l'acquiescement de l'appelant.

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

Procureurs de l'appelant: Singleton Urquhart, Calgary.

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

American Home Assurance Co. and The Law Society of Upper Canada *Appellants*

v.

Alan John Nichols *Respondent*

INDEXED AS: NICHOLS v. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

File No.: 21438.

1990: January 29; 1990: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Liability insurance — Duty to defend — Action against insured alleging fraud — Policy not applying to fraudulent acts — Whether insurer under a duty to defend insured — Whether obligation to defend governed by pleadings or by facts as they emerge at trial.

An action alleging fraud was commenced by a Bank against the respondent, a lawyer and member of the appellant Law Society. The respondent gave notice of the suit to the appellant insurance company, which had issued a liability policy to the Law Society on behalf of its members. The policy required the insurer to defend any suit against an insured seeking damages which were or might be payable under the terms of the policy, even if any of the allegations of the suit were groundless, false or fraudulent. The insurer denied any obligation to defend the respondent in view of the exclusion clause, which provided that the policy did not apply to fraudulent acts or omissions of an insured. The Bank later discontinued its action, and costs were awarded to the respondent on a party-and-party scale. The respondent claimed the balance of his costs from the insurer, which refused to pay. The respondent brought an action against the insurer seeking a declaration that he was entitled to a defence under the policy and an order that the insurer pay the unrecovered balance of the cost of his defence. The trial judge granted the relief claimed. The Court of Appeal upheld this judgment.

Held: The appeal should be allowed.

Under the policy, the insurer was under no duty to defend the insured. The duty to defend imposed by the

American Home Assurance Co. et la Société du barreau du Haut-Canada *Appelantes*

c.

Alan John Nichols *Intimé*

RÉPERTORIÉ: NICHOLS c. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

N° du greffe: 21438.

1990: 29 janvier; 1990: 12 avril.

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

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

Assurance — Assurance responsabilité — Obligation de défendre — Action pour fraude contre un assuré — Police ne s'appliquant pas aux actes frauduleux — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré? — L'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès?

Une banque a intenté contre l'intimé, avocat et membre de la société du barreau appelante, une action pour fraude. L'intimé a avisé de cette action la compagnie d'assurance appelante qui avait délivré une police d'assurance responsabilité à la Société du barreau pour le compte de ses membres. Aux termes de cette police, l'assureur devait défendre l'assuré dans toute poursuite intentée contre lui en vue d'obtenir des dommages-intérêts qui étaient ou pouvaient être payables en vertu des conditions de la police, même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite étaient non fondées, fausses ou frauduleuses. L'assureur a affirmé qu'il n'était pas tenu de défendre l'intimé en vertu de la clause d'exclusion qui prévoyait que la police ne s'appliquait pas aux actes et aux omissions frauduleux d'un assuré. La banque s'est par la suite désistée de son action et l'intimé s'est vu adjuger des dépens établis entre parties. L'intimé a réclamé le solde de ses frais à l'assureur qui a refusé de payer. L'intimé a intenté une action contre l'assureur en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit d'être défendu en vertu de la police et une ordonnance enjoignant à l'assureur de payer le solde non payé de ses frais de défense. Le juge de première instance a accordé le redressement demandé et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Aux termes de la police, l'assureur n'avait aucune obligation de défendre l'assuré. L'obligation de défendre

defence clause is unambiguously restricted to claims for damages which fall within the scope of the policy. Since the only damages sought against the insured in this case were on account of fraudulent acts or omissions, and such damages are not payable under the policy, the defence clause did not apply. The duty to defend, while broader than the duty to indemnify, is not so broad that it arises with respect to allegations which are clearly beyond the scope of the policy.

The Court of Appeal erred in attempting to make the exclusion clause directly applicable to the duty to defend, and then concluding that since the exclusion does not refer to allegations as opposed to acts and omissions, allegations of fraud are not excluded from the duty to defend. The exclusion clause refers to actual acts or omissions because it is primarily concerned with the duty to indemnify. The scope of the duty to indemnify, in turn, triggers the application of the defence clause, which limits the duty to defend to claims for damages which are or may be payable under the policy. The duty to defend, unlike the duty to indemnify, is triggered not by actual acts or omissions, but by allegations, applying "even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent".

General principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. It is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend; the mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. Finally, to hold that the insurer is required to defend claims regardless of how far outside the scope of the policy they might be would give rise to practical difficulties. It raises policy questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy, and might result in conflicts of interest.

Cases Cited

Disapproved: *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); **referred to:** *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xi; *Pru-*

imposée par la clause de défense est clairement restreinte aux réclamations de dommages-intérêts qui relèvent de la police. Comme les seuls dommages-intérêts réclamés contre l'assuré en l'espèce sont fondés sur des actes ou des omissions frauduleux et que ces dommages-intérêts ne sont pas payables en vertu de la police, la clause relative à la défense ne s'applique pas. L'obligation de défendre, bien qu'elle ait une portée plus large que l'obligation d'indemniser, n'est pas générale au point de s'appliquer à l'égard d'allégations qui sont clairement en dehors de la portée de la police.

La Cour d'appel a commis une erreur en voulant rendre la clause d'exclusion directement applicable à l'obligation de défendre et en concluant ensuite que puisque l'exclusion ne se rapporte pas aux allégations, par opposition aux actes et aux omissions, les allégations de fraude ne sont pas exclues de l'obligation de défendre. La clause d'exclusion parle des actes ou omissions réels parce qu'elle vise avant tout l'obligation d'indemniser. La portée de l'obligation d'indemniser déclenche à son tour l'application de la clause de défense qui restreint l'obligation de défendre aux demandes de dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu de la police. L'obligation de défendre, contrairement à l'obligation d'indemniser, n'est pas déclenchée par des actes ou des omissions réels, mais par des allégations et s'applique «même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses».

Les principes généraux applicables à l'interprétation des contrats d'assurance étayaient la conclusion que l'obligation de défendre n'existe que lorsque les actes de procédures portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre; la seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. Finalement, statuer que l'assureur est obligé de défendre peu importe que les réclamations soient carrément en dehors de la portée de la police donnerait lieu à des difficultés pratiques. Cela soulève des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la portée de la police et pourrait susciter des conflits d'intérêts.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); **arrêts mentionnés:** *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1987]

dential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp. (1976), 67 D.L.R. (3d) 521; *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69; *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399; *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178.

Authors Cited

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 14, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 68 O.R. (2d) 1, 33 O.A.C. 142, 36 C.C.L.I. 204, [1989] I.L.R. 1-2421, affirming an order of Hughes J. (1988), 63 O.R. (2d) 693, 30 C.C.L.I. 79, [1988] I.L.R. 1-2282. Appeal allowed.

W. L. N. Somerville, Q.C., and *Wendy Earle*, for the appellants.

Janis P. Criger, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue in this case is whether the insurer is under a duty to defend the insured. The question is whether on the policy of insurance here in question the obligation to defend is governed by the pleadings or by the facts as they emerge at trial.

The Facts

Mr. Nichols is a lawyer. The Bank of Montreal issued a writ against him and his partner, Servos, along with a number of corporations and other individuals. The statement of claim alleged that Messrs. Nichols and Servos had committed fraud on the Bank in assisting other defendants to transfer various real properties and charges.

Mr. Nichols gave notice of the suit to his liability insurer, the American Home Assurance Company, which had issued a policy to the Law Society on behalf of its members. The insurer responded by advising Nichols that it was denying any obligation to defend him, as well as indemnity coverage under the policy of insurance, which provided that the policy did not apply “to any dishonest,

1 R.C.S. xi; *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521; *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69; *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399; *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178.

Doctrine citée

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 14, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 68 O.R. (2d) 1, 33 O.A.C. 142, 36 C.C.L.I. 204, [1989] I.L.R. 1-2421, qui a confirmé une ordonnance du juge Hughes (1988), 63 O.R. (2d) 693, 30 C.C.L.I. 79, [1988] I.L.R. 1-2282. Pourvoi accueilli.

W. L. N. Somerville, c.r., et *Wendy Earle*, pour les appelantes.

Janis P. Criger, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'assureur a l'obligation de défendre l'assuré. La question est de savoir si d'après la police d'assurance visée en l'espèce l'obligation de défendre l'assuré est régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès.

Les faits

Monsieur Nichols est avocat. La Banque de Montréal a fait décerner un bref contre lui, son associé, Servos, et un certain nombre de sociétés et d'autres individus. Selon la déclaration, MM. Nichols et Servos ont fraudé la banque en aidant d'autres défendeurs à transférer divers biens et sûretés de nature immobilière.

Monsieur Nichols a avisé de l'action son assureur en responsabilité, l'American Home Assurance Company, qui avait délivré une police à la Société du barreau pour le compte de ses membres. L'assureur a répondu en avisant M. Nichols qu'il n'était pas tenu de le défendre et de l'indemniser en vertu de la police d'assurance puisqu'elle ne s'appliquait pas [TRADUCTION] «à un acte ou à

fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured.”

Sometime later, the Bank moved to discontinue its action against the law firm. Leave was granted and costs awarded to Mr. Nichols and Mr. Servos. Costs, however, were confined to the party and party scale, the judge noting that there were grounds for joining the law firm. In the result, Mr. Nichols was not fully indemnified for the cost of defending the law suit. He demanded that his insurer pay the balance of his costs.

The insurer refused to do so, maintaining that an obligation to defend did not arise under the policy in view of the fact that the only allegation against the law firm was that of fraud, coverage for which was excluded by the terms of the policy. Mr. Nichols brought an action against the insurer asking for a declaration that he was entitled to a defence under the policy and an order that the insurer pay the unrecovered balance of the cost of his defence.

The trial judge granted the relief claimed: (1988), 63 O.R. (2d) 693. In his view, on a proper construction of the policy and application of the *contra proferens* rule against the insurer, the insurer was required to provide a defence to the allegations of fraud.

The Court of Appeal affirmed this judgment: (1989), 68 O.R. (2d) 1. It noted, hypothetically, that were it not for the exclusionary clause the sums claimed would constitute damages, and that, had there been alternative pleadings in negligence, the insured would have been entitled to a defence. The Court went on to find, *per* McKinlay J.A., that the exclusionary clause did not state in an unambiguous way that neither indemnity nor defence coverage is available under the policy for alleged fraudulent acts. In her view, the true meaning of the policy was that “if an insured did not actually perform the alleged fraudulent acts, then the exclusion does not apply” (p. 7). Although earlier in her reasons McKinlay J.A. accepted the principle that the pleadings should govern the duty to defend (“on the wording of the

une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d’un assuré».

Quelque temps plus tard, la banque a demandé de se désister de l’action intentée contre le cabinet d’avocats. L’autorisation lui a été accordée et des dépens ont été adjugés en faveur de MM. Nichols et Servos. Toutefois, les dépens ont été établis entre parties, le juge soulignant qu’il y avait lieu de joindre le cabinet d’avocats. En définitive, M. Nichols n’a pas été complètement indemnisé de ses frais de défense. Il a demandé que son assureur paie le solde de ses frais.

L’assureur a refusé de le faire, soutenant qu’il n’était pas tenu de le défendre en vertu de la police puisque la seule allégation contre le cabinet d’avocats en était une de fraude pour laquelle la police excluait toute indemnisation. Monsieur Nichols a intenté une action contre l’assureur en vue d’obtenir un jugement déclarant qu’il avait le droit d’être défendu en vertu de la police et une ordonnance enjoignant à l’assureur de payer le solde non payé de ses frais de défense.

Le juge de première instance a accordé le redressement demandé: (1988), 63 O.R. (2d) 693. Il a estimé qu’en interprétant la police de façon appropriée et en appliquant correctement la règle *contra proferens* contre l’assureur, celui-ci était tenu de présenter une défense en réponse aux allégations de fraude.

La Cour d’appel a confirmé cette décision: (1989), 68 O.R. (2d) 1. Elle a souligné de façon hypothétique qu’en l’absence de la clause d’exclusion les sommes réclamées constitueraient des dommages-intérêts et que si, dans les actes de procédure, on avait allégué subsidiairement la négligence, l’assuré aurait eu droit à une défense. Le juge McKinlay a conclu, au nom de la cour, que la clause d’exclusion ne stipulait pas clairement que ni l’indemnité, ni le droit d’être défendu n’étaient prévus en vertu de la police lorsque des actes frauduleux étaient reprochés. À son avis, le véritable sens de la police était que [TRADUCTION] «si un assuré n’avait pas réellement commis les actes frauduleux allégués, alors l’exclusion ne s’appliquait pas» (p. 7). Bien que le juge McKinlay ait d’abord reconnu dans ses motifs le principe que les

policy itself the duty to defend arises only if the *allegations* are within the coverage" (p. 6)), in the result she appears to have held implicitly that it was not the allegations in the pleadings which determined if an obligation to defend arose, but rather the acts proved at trial. While McKinlay J.A. did not find the words of the policy ambiguous, she stated that if there were any ambiguity, it should be resolved in favour of the insured.

The Policy

The relevant provisions of the policy are as follows:

The American Home Assurance Company . . . agree . . .

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages because of any act or omission of the Insured . . . and arising out of the performance or intended performance of professional services for others, or failure to perform such services as ought to have been performed, in the Insured's capacity as a lawyer . . .

COVERAGE D—DEFENSE, SETTLEMENT, SUPPLEMENTARY PAYMENTS:

With respect to such insurance as is afforded by this Policy, the Insurers shall in addition to the applicable Limit of Liability

- (a) Defend any suit against the Insured . . . alleging such act or omission and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy, even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent . . .

II. EXCLUSIONS

THIS POLICY DOES NOT APPLY:

- (a) to any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured, however, this exclusion does not apply to any Insured who is neither the author of the said act or omission, nor an accomplice . . .

actes de procédure devraient régir l'obligation de défendre ([TRADUCTION] «selon la formulation de la police elle-même, l'obligation de défendre n'existe que si les *allégations* relèvent de sa portée» (p. 6)), elle a semblé en définitive avoir conclu implicitement que ce n'était pas les allégations contenues dans les actes de procédure qui déterminaient l'existence d'une obligation de défendre l'assuré, mais plutôt les actes établis au procès. Bien que le juge McKinlay n'ait pas conclu que les termes de la police étaient ambigus, elle a affirmé que s'il y avait une ambiguïté, celle-ci devrait être résolue en faveur de l'assuré.

La police

Les dispositions pertinentes de la police sont les suivantes:

[TRADUCTION] L'American Home Assurance Company [. . .] convient . . .

De payer au nom de l'assuré toutes les sommes que l'assuré sera tenu légalement de payer à titre de dommages-intérêts en raison d'un acte ou d'une omission de l'assuré [. . .] et résultant de la prestation ou du projet de prestation de services professionnels à des tiers, ou du défaut de rendre les services qui auraient dû être rendus, en sa qualité d'avocat . . .

COUVERTURE D—DÉFENSE, RÈGLEMENT, PAIEMENTS SUPPLÉMENTAIRES:

En ce qui concerne l'assurance offerte par la présente police, l'assureur doit, en plus de la limite de responsabilité applicable,

- a) défendre l'assuré dans toute poursuite intentée contre celui-ci [. . .] dans laquelle on allègue un tel acte ou une telle omission et on réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police, même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses . . .

II. EXCLUSIONS

LA PRÉSENTE POLICE NE S'APPLIQUE PAS:

- a) à un acte ou à une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d'un assuré; toutefois, cette exclusion ne s'applique pas à l'assuré qui n'est ni l'auteur de cet acte ou de cette omission ni complice . . .

Analysis*Construction of the Policy*

The appellants' argument may be summarized as follows. The defence clause imposes two conditions before the duty to defend arises. The clause reads as follows:

With respect to such insurance as is afforded by this Policy, the Insurers shall . . .

Defend any suit against the Insured . . . alleging such act or omission and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy . . . [Emphasis added.]

The two conditions are: (1) that the suit allege "such act or omission" (i.e. an act or omission described elsewhere in the policy); and (2) that the suit seek "damages which are or may be payable under" the policy. If the statement of claim is read as alleging facts on which there may be a cause of action in fraud, and nothing else, there are only two possibilities. Either the claim succeeds, in which case no damages are payable under the terms of this policy because of the exclusion clause, or the claim fails, in which case no damages are payable anyway. Therefore, it is argued, in no conceivable circumstance can the second of the two conditions be met. Put simply, the essence of this argument is that no duty to defend arose because the only damages claimed, damages for fraud, are not payable under the policy.

The respondent presents a more complex argument. The defence clause itself, it is noted, does not make any reference to allegations of fraud, but states that coverage applies to suits alleging "such act or omission". This must refer back to the basic indemnity clause, which provides as follows:

The American Home Assurance Company . . . agree . . .

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages because of any act or omission of the Insured . . . and arising out of the performance or intended performance of professional services for others,

L'analyse*L'interprétation de la police*

L'argument des appelantes peut être résumé ^a comme suit. La clause relative à la défense impose deux conditions pour qu'il y ait obligation de défendre. La clause se lit ainsi:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'assurance offerte ^b par la présente police, l'assureur doit . . .

défendre l'assuré dans toute poursuite intentée contre celui-ci [. . .] dans laquelle on allègue un tel acte ou une telle omission et on réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de ^c la présente police . . . [Je souligne.]

Les deux conditions sont: (1) que, dans la poursuite, on allègue «un tel acte ou telle une omission» (c'est-à-dire un acte ou une omission décrits ailleurs dans la police) et (2) que, dans la poursuite, on réclame «des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu de» la police. Si les faits allégués dans la déclaration peuvent donner lieu à une cause d'action pour fraude et à rien d'autre, il n'y a que deux possibilités. Soit qu'on accueille la demande et il n'y a alors aucuns dommages-intérêts à payer en vertu des conditions de la police en raison de la clause d'exclusion, soit qu'on rejette la demande et, encore là, rien n'est dû à titre de dommages-intérêts. On prétend donc ^d qu'il est absolument impossible de remplir la deuxième condition. En d'autres termes, l'essentiel de cet argument, c'est qu'il n'existe aucune obligation de défendre parce que les seuls dommages-intérêts réclamés, ceux pour fraude, ne sont pas payables en vertu de la police. ^e

L'argument de l'intimé est plus complexe. On souligne que la clause relative à la défense ne mentionne aucunement les allégations de fraude, mais stipule que la police s'applique aux poursuites où on allègue «un tel acte ou une telle omission». Cela doit se rapporter à la clause d'indemnité de base, qui se lit ainsi: ^f

[TRADUCTION] L'American Home Assurance Company ⁱ [. . .] convient . . .

De payer au nom de l'assuré toutes les sommes que l'assuré sera tenu légalement de payer à titre de dommages-intérêts en raison d'un acte ou d'une omission de l'assuré [. . .] et résultant de la prestation ou du projet de prestation de services professionnels à des tiers, ou du ^j

or failure to perform such services as ought to have been performed, in the Insured's capacity as a lawyer . . .

The suit is based on an act or omission arising out of services performed in the insured's capacity as a lawyer, so there is *prima facie* an obligation to indemnify, the respondent argues. This leaves the problem of the effect of the exclusion clause, which excludes application of the policy to "any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured" and goes on to state that the "exclusion does not apply to any Insured who is neither the author of the said act or omission, nor an accomplice". The respondent argues that it is trite law that exclusions are to be construed restrictively, and that the burden of proving that an exclusion clause applies lies on the insurer. This exclusion makes no reference to allegations of fraud, but rather refers only to an act or omission, he emphasizes. Furthermore, the exclusion does not apply to any insured who is not the author of the said act or omission. As it has not been proved in this case that the insured committed a fraudulent act or omission, the exclusion does not apply in light of the above restrictive principles on the application of exclusion clauses, in the respondent's submission. The essence of the respondent's position is that because the exclusion clause does not specifically refer to allegations of fraud, it should be taken as applying only where actual acts of fraud are found. To put it another way, in the absence of a finding of actual fraud the exclusion does not apply and the duty to defend remains.

In my view the respondent's argument is overly complex and flawed. It depends on a finding of ambiguity in the contract. In my view, there is no ambiguity relating to the obligation to defend. That obligation is clear. It arises only where a suit is brought against the insured alleging an act or omission under the policy "and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy". The question which must be asked is whether, in the case at bar, the Bank of Montreal's suit claimed damages which might be payable under the policy. The answer to this question must be negative. The only damages sought against the

défaut de rendre les services qui auraient dû être rendus, en sa qualité d'avocat . . .

L'intimé prétend que la poursuite est fondée sur un acte ou une omission de l'assuré résultant de services rendus en sa qualité d'avocat et qu'il existe alors, à première vue, une obligation d'indemniser. Il reste le problème de l'effet de la clause d'exclusion qui stipule que la police ne s'applique pas [TRADUCTION] «à un acte ou à une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d'un assuré» et qui prévoit de plus que [TRADUCTION] l'«exclusion ne s'applique pas à l'assuré qui n'est ni l'auteur de cet acte ou de cette omission ni complice». L'intimé soutient qu'il est reconnu en droit que les exclusions doivent être interprétées strictement et qu'il incombe à l'assureur de prouver qu'une clause d'exclusion s'applique. Il souligne que cette clause d'exclusion parle non pas d'allégations de fraude, mais seulement d'un acte ou d'une omission. En outre, l'exclusion ne s'applique pas à l'assuré qui n'est pas l'auteur de l'acte ou de l'omission en question. L'intimé soutient que puisqu'il n'a pas été prouvé en l'espèce que l'assuré a commis un acte ou une omission frauduleux, l'exclusion ne s'applique pas compte tenu des principes stricts d'application des clauses d'exclusion mentionnés plus haut. La thèse de l'intimé porte essentiellement que parce que la clause d'exclusion ne mentionne pas expressément les allégations de fraude, elle ne devrait s'appliquer que lorsque l'on conclut à l'existence réelle d'actes frauduleux. En d'autres termes, si on ne peut conclure qu'il y a réellement eu fraude, l'exclusion ne s'applique pas et l'obligation de défendre subsiste.

À mon avis, l'argument de l'intimé est beaucoup trop complexe et il est erroné. Pour qu'il s'applique, il faut conclure à l'existence d'une ambiguïté dans le contrat. À mon avis, l'obligation de défendre ne comporte aucune ambiguïté. Cette obligation est claire. Elle ne s'applique qu'à une poursuite intentée contre l'assuré, dans laquelle on allègue un acte ou une omission au sens de la police et on «réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police». La question qu'il faut poser en l'espèce est de savoir si, dans la poursuite qu'elle a intentée, la Banque de Montréal a

insured were on account of fraudulent acts or omissions. It is common ground that such damages are not payable under the policy. It follows that the Bank's claim was not for damages payable under the policy and that the defence clause does not apply.

The respondent seeks to meet this conclusion by arguing that damages might have been payable under the terms of the policy "if the acts alleged . . . are proven, but found to be negligent, rather than fraudulent, by a Trial Judge." This would be so if the statement of claim alleged negligence. However, it does not. Without an amendment to the pleadings, the Bank's claim could not give rise to damages payable under the policy.

The respondent also relies in this connection on the contention that the duty to defend is broader than and independent of the duty to indemnify. This is so, in the sense that the duty to defend arises where the claim alleges acts or omissions falling within the policy coverage, while the duty to indemnify arises only where such allegations are proven at trial. But it does not follow that the duty to defend is so broad that it arises with respect to allegations which are clearly beyond the scope of the policy.

I conclude that the duty to defend imposed by the defence clause is unambiguously restricted to claims for damages which fall within the scope of the policy. Since damages for fraud do not fall within the policy, one never arrives at the stage of inquiring as to whether there may be an ambiguity in the exclusion clause relevant to the duty to defend. I do not think it amiss, however, to set out my view of the relationship of the exclusion clause to the defence clause, for it is only in reading the policy as a whole that its true intention can be ascertained. As I read the policy, the exclusion clause is primarily concerned with the duty to

réclamé des dommages-intérêts qui peuvent être payables en vertu de la police. La réponse à cette question doit être négative. Les seuls dommages-intérêts réclamés contre l'assuré sont fondés sur des actes ou des omissions frauduleux. Tous reconnaissent que ces dommages-intérêts ne sont pas payables en vertu de la police. Il s'ensuit que la banque ne cherchait pas à obtenir des dommages-intérêts payables en vertu de la police et que la clause relative à la défense ne s'applique pas.

L'intimé tente de réfuter cette conclusion en prétendant que les dommages-intérêts auraient pu être payables en vertu des conditions de la police [TRADUCTION] «si les actes allégués [. . .] sont prouvés, mais si le juge de première instance conclut qu'il s'agit d'actes négligents plutôt que frauduleux». Il en serait ainsi si la négligence était alléguée dans la déclaration. Il n'en est cependant rien. À moins de modifier les actes de procédure, la réclamation de la banque ne pouvait donner lieu à des dommages-intérêts payables en vertu de la police.

À cet égard, l'intimé prétend également que l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser et qu'elle est indépendante de celle-ci. C'est vrai en ce sens qu'il n'y a obligation de défendre que si on allègue des actes ou des omissions auxquels s'applique la police, alors qu'il y a obligation d'indemniser seulement si ces allégations sont prouvées à l'audience. Mais il ne s'ensuit pas que la portée de l'obligation de défendre est générale au point de s'appliquer à l'égard d'allégations qui sont clairement en dehors de la portée de la police.

Je conclus que l'obligation de défendre imposée par la clause de défense est clairement restreinte aux réclamations de dommages-intérêts qui relèvent de la police. Puisque les dommages-intérêts pour fraude ne relèvent pas de la police, on n'en arrive jamais à se demander si la clause d'exclusion peut contenir une ambiguïté en ce qui a trait à l'obligation de défendre. Je ne crois cependant pas qu'il soit hors de propos d'exprimer mon opinion sur le rapport entre la clause d'exclusion et la clause de défense, car ce n'est qu'en interprétant la police dans son ensemble qu'on peut en dégager l'intention véritable. Selon mon interprétation de

indemnify. For this reason, it refers to actual acts or omissions, which are the precondition of the duty to indemnify. The scope of the duty to indemnify, in turn, triggers the application of the defence clause, through use of the phrase in the defence clause limiting the duty to claims for “damages which are or may be payable under the terms of this Policy.” The duty to defend, unlike the duty to indemnify, is triggered not by actual acts or omissions, but by allegations, applying “even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent.” Thus the scope of the duty to defend is not conditioned directly by the exclusion clause, but only indirectly through that clause’s definition of the scope of coverage. The error in the Court of Appeal’s reasoning lies in attempting to make the exclusion clause directly applicable to the duty to defend, and then concluding that since the exclusion does not refer to allegations as opposed to acts and omissions, allegations of fraud are not excluded from the duty to defend.

I find no ambiguity in the exclusion clause. The policy does not provide indemnity for dishonest, fraudulent, criminal or malicious acts or omissions “of an Insured.” The additional phrase in the exclusion clause making it inapplicable to cases where the insured is neither the author of nor an accomplice in the act or omission does not, in my view, mean what the respondent suggests it means—namely that the exclusion for fraud applies only where actual fraud is established. Rather, it qualifies the phrase “act or omission of an Insured”, making it clear that the exclusion is inapplicable where a dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission may be legally attributed to an insured, but where the insured did not actually author or act as an accomplice in the commission of the fraud or other excluded act or omission. (It is on this ground that it is suggested Nichol’s partner, Servos, was viewed as entitled to a separate defence. However, there appears to be no evidence on this matter.)

la police, la clause d’exclusion vise avant tout l’obligation d’indemniser. Pour cette raison, elle parle des actes ou omissions réels qui constituent la condition préalable de l’obligation d’indemniser. ^a La portée de l’obligation d’indemniser déclenche à son tour l’application de la clause de défense par l’utilisation, dans cette clause, de la phrase restreignant l’obligation aux demandes de «dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu ^b des conditions de la présente police». L’obligation de défendre, contrairement à l’obligation d’indemniser, n’est pas déclenchée par des actes ou des omissions réels, mais par des allégations et s’applique ^c «même si l’une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses». Ainsi, la portée de l’obligation de défendre dépend non pas directement de la clause d’exclusion, mais seulement indirectement de la définition ^d que comporte cette clause de l’étendue de la couverture. L’erreur commise par la Cour d’appel est d’avoir voulu rendre la clause d’exclusion directement applicable à l’obligation de défendre et d’avoir ensuite conclu que puisque l’exclusion ne se ^e rapporte pas aux allégations, par opposition aux actes et aux omissions, les allégations de fraude ne sont pas exclues de l’obligation de défendre.

J’estime que la clause d’exclusion ne comporte ^f aucune ambiguïté. La police n’indemnise pas pour les actes ou les omissions malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux «d’un assuré». L’autre phrase de la clause d’exclusion qui la rend inapplicable dans les cas où l’assuré n’est ni l’auteur ni le ^g complice d’un acte ou d’une omission n’a pas le sens à mon avis que veut lui prêter l’intimé, c’est-à-dire que l’exclusion pour fraude s’applique seulement lorsqu’il y a preuve d’une fraude réelle. ^h Elle restreint plutôt l’expression «un acte ou [. . .] une omission [. . .] d’un assuré», établissant clairement que l’exclusion ne s’applique pas lorsqu’un acte ou une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux peut légalement être ⁱ imputé à un assuré, mais lorsque l’assuré n’est pas le véritable auteur ou complice de la fraude ou d’autres actes ou omissions exclus. (C’est pour ce motif qu’on a prétendu que l’associé de Nichol, Servos, avait droit à une défense séparée. Il ne semble cependant pas y avoir de preuve à cet ^j égard.)

Thus far, I have proceeded only by reference to the actual wording of the policy. However, general principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. Courts have frequently stated that “[t]he pleadings govern the duty to defend”: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99. Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty to indemnify. O’Sullivan J.A. wrote in *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (Man. C.A.), at p. 524:

Furthermore, the duty to indemnify against the costs of an action and to defend does not depend on the judgment obtained in the action. The existence of the duty to defend depends on the nature of the claim made, not on the judgment that results from the claim. The duty to defend is normally much broader than the duty to indemnify against a judgment. [Emphasis added.]

In that case it was unclear whether the insurer might be liable to indemnify under the policy, so the duty to defend was held to apply. In the court’s view it would have been unjust for the insurers to be able to assert that “the claim is probably groundless, or will probably end up falling outside of the indemnity coverage. Since we have no proof

Jusqu’ici, je m’en suis tenue à la formulation même de la police. Cependant, les principes généraux applicables à l’interprétation des contrats d’assurance étayent la conclusion que l’obligation de défendre n’existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d’indemnisation du contrat d’assurance. Les tribunaux ont souvent affirmé que [TRADUCTION] «[l]es actes de procédure régissent l’obligation de défendre»: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), à la p. 99. On a conclu que l’obligation de défendre n’existe pas lorsqu’il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d’une clause d’exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n’est pas nécessaire d’établir qu’il y aura effectivement obligation d’indemniser pour déclencher l’obligation de défendre. La seule possibilité qu’une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l’ai déjà souligné, l’obligation de défendre a une portée plus large que l’obligation d’indemniser. Le juge O’Sullivan de la Cour d’appel a écrit dans l’arrêt *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (C.A. Man.), à la p. 524:

[TRADUCTION] En outre, l’obligation d’indemniser à l’égard des frais d’une action et de défendre ne dépend pas du jugement rendu dans l’action. L’existence de l’obligation de défendre dépend de la nature de la réclamation, non du jugement qui en résulte. L’obligation de défendre a normalement une portée beaucoup plus large que l’obligation d’indemniser à l’égard d’un jugement. [Je souligne.]

Dans cette affaire, on ne savait pas si l’assureur pourrait être tenu d’indemniser en vertu de la police, alors le tribunal a conclu que l’obligation de défendre s’appliquait. De l’avis du tribunal, il aurait été injuste que les assureurs puissent affirmer que [TRADUCTION] «la réclamation est probablement non fondée, ou ne relèvera probablement pas de la portée de la police en fin de compte. Puisque nous n’avons aucune preuve que nous sommes tenus de verser une indemnité dans cette

that we owe an indemnity in this case, we take the position that we owe no duty to defend.”

Other Canadian authority overwhelmingly supports the view that normally the duty to defend arises only with respect to claims which, if proven, would fall within the scope of coverage provided by the policy: see *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (Alta. Q.B.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (Ont. C.A.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (B.C.S.C.)

The same view generally prevails in the United States: see *Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 14, para. 51:45, and authorities cited therein. Only *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972), was cited to contrary effect. There, as here, only fraud was alleged. The court held that “[i]t is certainly not consonant with the objects to be accomplished by a professional insurance policy to say that by its terms no protection is afforded the insured when groundless charges of fraud and dishonesty are alleged in a suit against him” (p. 775). It was held that because the defence clause did not explicitly preclude the obligation to defend groundless suits for fraud, the duty to defend applied to such cases.

I offer two observations with respect to the *Conner* case. First, the duty to defend suits for fraud, groundless or not, is, in my view, clearly excluded by the wording of the defence clause in this case. In so far as *Conner* was concerned with a similar clause, I would respectfully disagree with the conclusion in that case that the clause did not exclude such a duty. Secondly, the adoption of the course chosen in *Conner* would give rise to practical difficulties. The insurer would always be obliged to defend regardless of how far outside the scope of the policy the claims might be, subject only to the possibility of recovery back in the event the claim ultimately succeeded only on grounds outside the scope of the policy. This raises policy

affaire, nous prétendons que nous ne sommes tenus à aucune obligation de défendre».

La très grande majorité des arrêts canadiens confirment l’opinion qu’en temps normal l’obligation de défendre n’intervient qu’à l’égard des réclamations qui, si elles sont prouvées, relèveraient de la couverture de la police: voir *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (B.R. Alb.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (C.A. Ont.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (C.S.C.-B.)

Le même point de vue l’emporte généralement aux États-Unis: voir *Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 14, par. 51:45, et les sources qui y sont citées. Seul l’arrêt *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972), est cité pour l’opinion contraire. Dans cette affaire, comme dans celle-ci, seule la fraude était alléguée. Le tribunal a conclu qu’[TRADUCTION] «[i]l n’est certainement pas conforme aux buts recherchés par une police d’assurance-responsabilité professionnelle de dire que, selon ses conditions, aucune protection n’est accordée à l’assuré lorsque des accusations de fraude et de malhonnêteté non fondées sont alléguées dans une poursuite contre lui» (p. 775). Le tribunal a conclu que puisque la clause de défense n’écartait pas explicitement l’obligation d’assurer une défense dans les poursuites non fondées en matière de fraude, l’obligation de défendre s’appliquait dans ces cas.

Je me permets de faire deux observations quant à l’arrêt *Conner*. Premièrement, j’estime que l’obligation de présenter une défense dans des poursuites pour fraude, qu’elles soient fondées ou non, est clairement exclue par la formulation de la clause de défense en l’espèce. Dans la mesure où l’arrêt *Conner* portait sur une clause semblable, en toute déférence, je ne pourrais souscrire à la conclusion de cet arrêt que la clause n’écartait pas cette obligation. Deuxièmement, l’adoption du point de vue retenu dans l’arrêt *Conner* donnerait lieu à des difficultés pratiques. L’assureur serait toujours obligé de défendre peu importe que les réclamations soient carrément en dehors de la portée de la police, sous réserve seulement de la possibilité de

questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy. Moreover, conflicts of interest may result. The insurer's interest in defending a claim is related to the possibility that it may ultimately be called upon to indemnify the insured under the policy. It is in the insurer's interest that if liability is found, it be on a basis other than one falling under the policy. Requiring the insurer to defend claims which cannot fall within the policy puts the insurer in the position of having to defend claims which in its interest should succeed. The respondent suggested that this potential conflict could be avoided if the insured was able to retain his own lawyer, with the cost to be borne by the insurer. However, this would not end the difficulty. An insurer would be understandably reluctant to sign a "blank cheque", and cover whatever costs are borne by whatever lawyer is retained, no matter how expensive. Yet the insurer could not challenge any of these expenses without raising precisely the same conflict. For this reason, the practice is for the insurer to defend only those claims which potentially fall under the policy, while calling upon the insured to obtain independent counsel with respect to those which clearly fall outside its terms.

I conclude that considerations related to insurance law and practice, as well as the authorities, overwhelmingly support the view that the duty to defend should, unless the contract of insurance indicates otherwise, be confined to the defence of claims which may be argued to fall under the policy. That said, the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy.

remboursement si la réclamation était finalement accueillie uniquement pour des motifs qui ne relèvent pas de la police. Cela soulève des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la police. Des conflits d'intérêts pourraient en outre résulter. L'intérêt qu'a l'assureur à présenter une défense est lié à la possibilité qu'il puisse en fin de compte être obligé d'indemniser l'assuré en vertu de la police. Il est dans l'intérêt de l'assureur que si on conclut à l'existence de la responsabilité, ce soit pour un motif qui ne relève pas de la police. Obliger l'assureur à présenter une défense pour des réclamations qui ne peuvent relever de la police le place dans la situation où il a à s'opposer à des réclamations qui, dans son intérêt, devraient être accueillies. L'intimé a dit que cette possibilité de conflit pourrait être évitée si l'assuré pouvait retenir les services de son propre avocat dont les frais seraient assumés par l'assureur. Cela ne mettrait cependant pas fin au problème. Il serait compréhensible qu'un assureur hésite à donner «carte blanche» et à payer n'importe quels frais engagés par n'importe quel avocat, peu importe leur importance. L'assureur ne pourrait cependant contester aucune de ces dépenses sans précisément soulever le même conflit. Pour cette raison, l'assureur a l'habitude de ne présenter une défense que dans le cas des réclamations qui relèvent potentiellement de la police, tout en demandant à l'assuré de retenir les services de son propre avocat à l'égard des réclamations qui ne relèvent clairement pas des conditions de la police.

Je conclus que les considérations relatives au droit et à la pratique en matière d'assurance, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, appuient en très grande majorité l'opinion que l'obligation de défendre ne devrait s'appliquer que lorsque l'on peut prétendre que les réclamations relèvent de la police, sous réserve de stipulations contraires dans le contrat d'assurance. Cela étant dit, il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police.

Conclusion

I conclude that the policy by its wording confines the duty to defend to claims which potentially fall within the indemnity coverage of the policy. This conclusion is supported, in my view, by the decisions in which the question has been considered as well as by practical considerations arising from the relationship of the insurer to the insured and their respective obligations and interests.

I would allow the appeal and dismiss the respondent's application with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitor for the respondent: Gerald Swaye, Hamilton.

Conclusion

Je conclus que la police, par sa formulation, restreint l'obligation de présenter une défense aux réclamations qui relèvent potentiellement de l'obligation d'indemniser de la police. À mon avis, cette conclusion est appuyée par les décisions dans lesquelles la question a été examinée ainsi que par des considérations pratiques découlant des rapports entre l'assureur et l'assuré et de leurs obligations et intérêts respectifs.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la requête de l'intimé avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Borden & Elliot, Toronto.

Procureur de l'intimé: Gerald Swaye, Hamilton.

C.C.R. Fishing Ltd. and Bank of Montreal
Appellants

v.

**British Reserve Insurance Co. Ltd.,
Mediterranean Reinsurance Co. Ltd., United
Equitable Insurance Company Ltd., Symons
General Insurance Company of Canada and
Ocean Reinsurance Corporation** *Respondents*

INDEXED AS: C.C.R. FISHING LTD. v. BRITISH RESERVE
INSURANCE CO.

File No.: 21362.

1990: February 21; 1990: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Insurance (maritime) — Insured perils — Perils of
the sea — Vessel sinking at dockside — Sinking due to
failure to close valve and due to corrosion of cap screws
— Whether or not loss proximately caused by “peril of
the sea” — Whether or not accident fortuitous —
Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, c. 203, s. 56.*

A fishing vessel, which had been safely berthed for more than a year, sank because of a sudden ingress of sea water caused by (1) the failure of cap screws due to corrosion; and, (2) the failure to close a valve which would have stopped the ingress of the sea water. The marine insurance policy, read with the *Insurance (Marine) Act*, provided coverage for “perils of the sea”. The term, as defined in the Act, referred only to fortuitous accidents or casualties of the sea.

The trial judge found that the accident was fortuitous and so constituted a “peril of the sea”. Both the failure to close the valve and the corrosion of the cap screws were found to be the consequences of negligence. A majority of the Court of Appeal concluded that the accident was not fortuitous: the sinking had to be a foreseeable consequence of the negligence. At issue here was whether the sinking of the vessel was a loss proximately caused by a “peril of the sea”. That in turn depended on whether the sinking was a fortuitous accident within the definition of the Act.

Held: The appeal should be allowed.

C.C.R. Fishing Ltd. et Banque de Montréal
Appelantes

c.

^a **British Reserve Insurance Co. Ltd.,
Mediterranean Reinsurance Co. Ltd., United
Equitable Insurance Company Ltd., Symons
General Insurance Company of Canada et
Ocean Reinsurance Corporation** *Intimées*

RÉPERTORIÉ: C.C.R. FISHING LTD. c. BRITISH RESERVE
INSURANCE CO.

N° du greffe: 21362.

^c 1990: 21 février; 1990: 12 avril.

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

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Assurance (maritime) — Risques assurés — Périls de
la mer — Naufrage d'un navire au mouillage — Nau-
frage causé par l'omission de fermer une vanne et par la
corrosion de vis à chapeau — La perte a-t-elle pour
cause immédiate un «péril de la mer»? — L'accident
était-il fortuit? — Insurance (Marine) Act, R.S.B.C.
1979, ch. 203, art. 56.*

^f Un navire de pêche qui mouillait à un poste sûr depuis plus d'un an a coulé par suite de la pénétration subite d'eau de mer causée par (1) la défaillance de vis à chapeau due à la corrosion, et (2) par l'omission de fermer une vanne qui aurait arrêté la pénétration de l'eau de mer. La police d'assurance maritime, interprétée conjointement avec l'*Insurance (Marine) Act*, couvre les «périls de la mer». Cette expression, définie dans la Loi, désigne seulement les accidents fortuits ou les sinistres maritimes.

^h Le juge de première instance a conclu que l'accident était fortuit et constituait un «péril de la mer». Il a jugé que l'omission de fermer la vanne et la corrosion des vis à chapeau résultaient de la négligence. La Cour d'appel à la majorité a conclu que l'accident n'était pas fortuit: le naufrage devait être une conséquence prévisible de la négligence. La question en l'espèce est de savoir si le naufrage du navire est une perte ayant pour cause immédiate un «péril de la mer». La réponse dépend elle-même de la question de savoir si le naufrage était un accident fortuit au sens de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

A peril of the sea must be both fortuitous and of the sea. Fortuitous means the cause of the loss was not intentional or inevitable. A sinking resulting from the ingress of sea water due to a fortuitous act has always been found to be an accident "of the sea".

The loss resulted from an accident "of the sea". The defect which started the causal chain that led to the loss need not be one that could only occur at sea. Rather the accident itself must be one that could only occur at sea.

The failure of the cap screws did not result from "ordinary wear and tear", so as to be excluded from the definition of fortuitous, but from the negligent act of the repairers who installed them. Ordinary corrosion might fall within the definition of "ordinary wear and tear" but not corrosion caused by the negligent use of wrong materials.

The failure of the screws was not caused by an inherent vice—loss stemming from qualities inherent in the thing lost. The cause was external and unrelated to those qualities because the screw caps were installed through the negligence of the repairers. The loss was not the inevitable produce of a quality inherent in the vessel and therefore was fortuitous.

Too much emphasis should not be placed on the distinction between proximate and remote cause. Section 56 of the *Insurance (Marine) Act* does not limit the cause of the loss to a single peril. Several factors may combine to result in loss at sea. That one of the causes of the loss was ordinary wear and tear or inherent vice did not matter, provided that an effective cause of the loss was fortuitous. Foreseeability of loss was not a necessary condition of recovery. It was not necessary to consider whether there would be liability apart from the negligence demonstrated here.

The following procedure should be followed in determining whether a loss was proximately caused by a peril of the sea. First, the cause or causes of the loss should be ascertained. It should then be determined whether the loss is fortuitous in that it would not have occurred but for an accident or unforeseen event brought about by negligence or adverse or unusual conditions. The loss will not be fortuitous if the exclusions in s. 56(2) or in the definition of "perils of the seas" in the schedule to the Act are established. If the loss is fortuitous then the policy applies.

Un péril de la mer doit être fortuit et maritime. Le terme «fortuit» signifie que la cause de la perte ne doit pas avoir été intentionnelle ou inévitable. Un naufrage par suite de la pénétration d'eau de mer due à un acte fortuit a toujours été considéré comme un accident «maritime».

La perte résulte d'un accident «maritime». Il n'est pas nécessaire que le défaut à l'origine de la chaîne causale qui a entraîné la perte ne puisse survenir qu'en mer. Il faut plutôt que l'accident lui-même n'ait pu se produire qu'en mer.

La défaillance des vis à chapeau résulte non pas de «l'usure normale» de manière à être exclue de la définition du terme «fortuit», mais de l'acte négligent des réparateurs qui les ont installées. La corrosion normale pourrait être visée dans la définition de «l'usure normale», mais pas la corrosion causée par l'utilisation négligente de matériaux inadéquats.

La défaillance des vis n'a pas été causée par la perte résultant d'un vice inhérent, lequel concept renvoie à la perte qui découle des attributs inhérents de la chose perdue. La cause était externe et n'avait rien à voir avec ces attributs parce que l'installation de ces vis à chapeau a résulté de la négligence des réparateurs. La perte ne découlait pas inévitablement d'un attribut inhérent du navire et était donc fortuite.

Il ne faut pas accorder trop d'importance à la distinction entre la cause immédiate et la cause éloignée. L'article 56 de l'*Insurance (Marine) Act* ne limite pas la cause de la perte à un seul péril. Une perte en mer peut résulter de la combinaison de plusieurs facteurs. Il n'importe pas que l'une des causes de la perte soit l'usure normale ou un vice inhérent, pourvu qu'une cause réelle de la perte ait été fortuite. La prévisibilité d'une perte ne constitue pas une condition nécessaire de l'indemnisation. Il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il y aurait responsabilité indépendamment de la négligence démontrée en l'espèce.

La procédure suivante doit être suivie pour déterminer si un péril de la mer est la cause immédiate d'une perte. Premièrement, la ou les causes de la perte devraient être vérifiées. On devrait alors déterminer si la perte est fortuite en ce sens qu'elle ne se serait pas produite n'eût été un accident ou un événement imprévu causé par la négligence ou des conditions défavorables ou anormales. La perte ne sera pas fortuite si les exclusions prévues au par. 56(2) ou dans la définition des «périls de la mer» figurant dans l'annexe de la Loi sont établies. Si la perte est fortuite alors la police s'applique.

Cases Cited

Referred to: *Century Insurance Company of Canada v. Case Existological Laboratories Ltd. (The Bamcell II)*, [1983] 2 S.C.R. 47, aff'g (1982), 35 B.C.L.R. 364; *Thomas Wilson, Sons & Co. v. The Owners of the Cargo per the "Xantho" (The Xantho)* (1887), 12 A.C. 503; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser, & Co.* (1887), 12 A.C. 484.

Statutes and Regulations Cited

Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, c. 203, s. 56(1), (2), Schedule (s. 7).

Authors Cited

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol. II. 16th ed. by Sir Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman. London: Stevens, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 34 B.C.L.R. (2d) 1, allowing an appeal from a judgment of Murray J. (1986), 21 C.C.L.I. 297, [1986] B.C.W.L.D. 3107. Appeal allowed.

Peter D. Lowry and J. William Perrett, for the appellants.

Christopher Harvey and Stephen C. Best, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—

Introduction

This appeal concerns the construction of a policy insuring a vessel against "perils of the sea".

The fishing vessel, "La Pointe", was laid up at a safe berth in Vancouver harbour from April 1981 to July 1982, when she sank. The sinking occurred suddenly as a result of the ingress of sea water due to two causes: (1) the failure, due to corrosion, of cap screws which permitted sea water to enter the engine room; and (2) the failure to close a valve which would have stopped the ingress of the water.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Century Insurance Company of Canada c. Case Existological Laboratories Ltd. (The Bamcell II)*, [1983] 2 R.C.S. 47, conf. (1982), 35 B.C.L.R. 364; *Thomas Wilson, Sons & Co. v. The Owners of the Cargo per the «Xantho» (The Xantho)* (1887), 12 A.C. 503; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser, & Co.* (1887), 12 A.C. 484.

b Lois et règlements cités

Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 203, art. 56(1), (2), annexe (art. 7).

Doctrine citée

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol. II. 16th ed. by Sir Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman. London: Stevens, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 34 B.C.L.R. (2d) 1, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Murray (1986), 21 C.C.L.I. 297, [1986] B.C.W.L.D. 3107. Pourvoi accueilli.

Peter D. Lowry et J. William Perrett, pour les appelantes.

Christopher Harvey et Stephen C. Best, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—

Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'interprétation d'une police assurant un navire contre les «périls de la mer».

Le navire de pêche «La Pointe» était désarmé à un poste de mouillage sûr dans le port de Vancouver d'avril 1981 à juillet 1982 lorsqu'il a coulé. Le naufrage s'est produit subitement par suite de la pénétration d'eau de mer due à deux causes: (1) la défaillance, due à la corrosion, de vis à chapeau qui ont permis à l'eau de mer de pénétrer dans la salle des machines; et (2) l'omission de fermer une vanne qui aurait arrêté la pénétration de l'eau.

The insurance policy in place defined the coverage in terms which have been used in marine insurance for two centuries:

Touching the Adventures and Perils which we the Assurers are contented to bear and do take upon us in this Voyage, they are, of the Seas, Men-of-War, Fire, Enemies, Pirates, Rovers, Thieves, Jettisons . . . and of all other Perils, Losses and Misfortunes that have or shall come to the Hurt, Detriment, or Damage of the said Goods and Merchandises and Ship . . .

The *Insurance (Marine) Act*, R.S.B.C. 1979, c. 203, in British Columbia contains provisions reflecting the application of this provision as it has been interpreted over the years. Section 56 provides:

Included and excluded losses

56. (1) Subject to this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against.

(2) In particular

(a) the insurer is not liable for any loss attributable to the wilful misconduct of the assured, but, unless the policy otherwise provides, he is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, even though the loss would not have happened but for the misconduct or negligence of the master or crew;

(b) unless the policy otherwise provides, the insurer on ship or goods is not liable for any loss proximately caused by delay, although the delay is caused by a peril insured against;

(c) unless the policy otherwise provides, the insurer is not liable for ordinary wear and tear, ordinary leakage and breakage, inherent vice or nature of the subject matter insured or for any loss proximately caused by rats or vermin or for any injury to machinery not proximately caused by maritime perils.

The policy, read with s. 56 of the Act, provides coverage for "perils of the sea." That term is defined in the Schedule to the Act as follows:

7. The term "perils of the seas" refers only to fortuitous accidents or casualties of the seas. It does not include the ordinary action of the winds and waves.

La police d'assurance en vigueur définissait la couverture en des termes qui sont utilisés depuis deux siècles dans le domaine de l'assurance maritime:

^a [TRADUCTION] Relativement à ce voyage, les assureurs acceptent d'assumer les risques et les périls suivants: les périls de la mer, les bâtiments de guerre, le feu, les ennemis, les pirates, les corsaires, les brigands, le jet [. . .] ainsi que tous les autres périls et toutes les autres pertes et infortunes que peuvent subir les biens et le navire . . .

^b L'*Insurance (Marine) Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 203, contient une disposition qui reflète l'application de cette disposition telle qu'elle a été interprétée au fil des ans. Voici le texte de l'art. 56:

[TRADUCTION] **Pertes visées et exclues**

^d 56. (1) Sous réserve de la présente loi et sauf disposition contraire dans la police, l'assureur n'est responsable que pour les pertes ayant pour cause immédiate un risque assuré.

^e (2) En particulier

^a l'assureur n'est pas responsable pour une perte attribuable à l'inconduite volontaire de l'assuré, mais, sauf disposition contraire dans la police, il est responsable pour toute perte ayant pour cause immédiate un risque assuré, même si, sans l'inconduite ou la négligence du capitaine ou de l'équipage, il n'y aurait pas eu de perte.

^b à moins que la police n'en dispose autrement, l'assureur du navire ou des biens n'est pas responsable de tout sinistre causé directement par un retard, bien que le retard puisse être dû à un péril couvert par la police d'assurance;

^c à moins que la police n'en dispose autrement, l'assureur n'est pas responsable de l'usure normale, la casse et le coulage ordinaires, le vice propre ou la nature de la chose assurée ou de toute perte causée directement par les rats ou la vermine, ni de tout dégât aux machines non causés directement par des périls maritimes.

ⁱ La police, interprétée conjointement avec l'art. 56 de la Loi, couvre les «périls de la mer». Cette expression est définie ainsi dans l'annexe de la Loi:

^j [TRADUCTION] 7. L'expression «périls de la mer» ne désigne que les accidents fortuits ou sinistres maritimes. Elle ne s'applique pas à l'action ordinaire du vent et des vagues.

The trial judge found that the accident was caused by the failure to close the valve and the corrosion of the cap screws. Both these failings were, in his view, consequences of negligence. The valve ought to have been closed while the vessel lay in berth, and the wrong type of screws had been negligently used during repairs two years earlier. He concluded that the cause of the accident was "fortuitous" and constituted a "peril of the sea". Accordingly, he held that the policy covered the loss.

The Court of Appeal proceeded on a different basis. They accepted that negligence had been established in respect to both the leaving open of the valve and the use of the wrong type of cap screw. But they held that there was a further requirement before the policy was applicable—the sinking must have been a foreseeable consequence of the negligence. At this point the majority and minority judges parted company. The majority concluded that the proximate cause of the loss was the corroded condition of the cap screws, but that this loss was not a foreseeable consequence of the negligence. They concluded that the loss was not due to a fortuitous accident or casualty of the seas. The dissenting judge agreed that the use of corrodible cap screws did not involve the foreseeable risk of the vessel sinking. However, he found that the proximate cause of the accident was leaving the valve open, which did meet this test. Accordingly, he would have found coverage.

Analysis

The issue is whether the sinking of the vessel was a loss proximately caused by a "peril of the sea." That in turn depends on whether the cause of the sinking was a fortuitous accident or casualty of the sea within the definition of the Act.

The elements of what constitutes a peril of the sea have long been recognized as dual. The cause of the loss must be "fortuitous" and it must be "of the seas." The British Columbia Court of Appeal, in *Case Existological Laboratories Ltd. v. Cen-*

Le juge de première instance a conclu que l'accident avait été causé par l'omission de fermer la vanne et par la corrosion des vis à chapeau. À son avis, ces deux manquements résultaient de la négligence. La vanne aurait dû être fermée pendant que le navire était en poste d'attente et on avait utilisé par négligence le mauvais type de vis lors de réparations effectuées deux ans auparavant. Il a conclu que la cause de l'accident était «fortuite» et constituait un «péril de la mer». Par conséquent, il a conclu que la police couvrait la perte.

La Cour d'appel a procédé d'une manière différente. Elle a admis que l'existence de négligence avait été démontrée relativement au fait d'avoir laissé la vanne ouverte et à l'utilisation du mauvais type de vis à chapeau. Toutefois, elle a conclu qu'il fallait satisfaire à une autre exigence pour que la police s'applique—le naufrage devait être une conséquence prévisible de la négligence. Il y a eu divergence d'opinions entre les juges de la majorité et ceux de la minorité sur ce point. Les juges formant la majorité ont conclu que la cause immédiate de la perte était l'état de corrosion des vis à chapeau, mais que cette perte ne constituait pas une conséquence prévisible de la négligence. Ils ont conclu que la perte n'était pas due à un accident fortuit ou à un sinistre maritime. Le juge dissident a admis que l'utilisation de vis à chapeau susceptibles de corrosion ne comportait pas le risque prévisible que le navire coule. Toutefois, il a conclu que la cause immédiate de l'accident était le fait d'avoir laissé la vanne ouverte, ce qui satisfait à ce critère. Par conséquent, il aurait conclu qu'il y avait couverture.

Analyse

La question est de savoir si le naufrage du navire était une perte ayant pour cause immédiate un «péril de la mer». La réponse dépend elle-même de la question de savoir si la cause du naufrage était un accident fortuit ou un sinistre maritime au sens de la Loi.

On reconnaît depuis longtemps que la définition du péril de la mer comporte deux éléments. La cause de la perte doit être «fortuite» et doit être «maritime». Voici ce qu'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Case Existolo-*

tury Insurance Company of Canada (The Bamcell II) (1982), 35 B.C.L.R. 364, at p. 372, a judgment approved by this Court, [1983] 2 S.C.R. 47, put it this way:

The accident must be “fortuitous”, first in the sense that it is not caused intentionally by the assured and, second, in the sense that it is not the inevitable result of deterioration caused by normal action of wind, waves and time . . .

In addition, the accident must be “of the seas” in the sense, at least, that the damage is damage that would not have occurred in an accident on land, such as damage by sinking or by foundering following a collision at sea or striking a rock . . . [Emphasis added.]

The requirement that the cause of the loss be “fortuitous” excludes the natural and inevitable action of wind and waves, ordinary wear and tear, inherent defects and intentionally caused losses. Events which are not fortuitous, as defined in the cases, are reflected in the exclusions found in s. 56 of the Act and the definition in the Act of “perils of the seas”. In general, the word “fortuitous”, as interpreted by the cases, carries the connotation that the cause of the loss not have been intentional or inevitable. As Lord Herschell put it in *Thomas Wilson, Sons & Co. v. The Owners of the Cargo per the “Xantho” (The Xantho)* (1887), 12 A.C. 503 (H.L.), at p. 509:

There must be some casualty, something which could not be foreseen as one of the necessary incidents of the adventure.

The second requirement, that the loss be “of the sea”, excludes losses which could have occurred in an accident on land: see “*The Bamcell II*”, *supra*. The sinking of a ship as a result of the ingress of sea water due to a fortuitous act has without exception been considered to be an accident which is “of the sea”: *The Bamcell II*; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser, & Co.* (1887), 12 A.C. 484 (H.L.)

In the case at bar the loss resulted from the sinking of the ship due to the ingress of sea-water. This loss would not have occurred on land. The

logical Laboratories Ltd. v. Century Insurance Company of Canada (The Bamcell II) (1982), 35 B.C.L.R. 364, à la p. 372, arrêt que notre Cour a approuvé, [1983] 2 R.C.S. 47:

[TRADUCTION] L'accident doit être «fortuit», premièrement en ce sens qu'il n'a pas été causé intentionnellement par l'assuré et, deuxièmement, en ce sens qu'il ne constitue pas le résultat inévitable d'une détérioration causée par l'action normale du vent, des vagues et du temps . . .

De plus, l'accident doit être «maritime» en ce sens, tout au moins, qu'un accident terrestre n'aurait pas entraîné un tel dommage, comme le dommage causé par un naufrage ou par la submersion à la suite d'un abordage en mer ou d'une collision avec un rocher . . . [Je souligne.]

L'exigence que la cause de la perte soit «fortuite» exclut l'action naturelle et inévitable du vent et des vagues, l'usure normale, les défauts inhérents et les pertes causées intentionnellement. Les événements qui ne sont pas fortuits, tels que définis dans la jurisprudence, se retrouvent dans les exclusions mentionnées à l'art. 56 de la Loi et dans la définition des «périls de la mer» contenue dans la Loi. En général, le terme «fortuit», tel qu'il a été interprété dans la jurisprudence, comporte la connotation que la cause de la perte ne doit pas avoir été intentionnelle ou inévitable. Comme lord Herschell l'a dit dans l'arrêt *Thomas Wilson, Sons & Co. v. The Owners of the Cargo per the “Xantho” (The Xantho)* (1887), 12 A.C. 503 (H.L.), à la p. 509:

[TRADUCTION] Il faut que survienne un sinistre, quelque chose d'impossible à prévoir comme l'un des incidents nécessaires de l'aventure.

La deuxième exigence, celle que la perte soit «maritime», exclut les pertes qui se seraient produites dans un accident terrestre: voir «*The Bamcell II*», précité. Le naufrage d'un navire par suite de la pénétration d'eau de mer due à un acte fortuit a, sans exception, été considéré comme un accident «maritime»: *The Bamcell II*; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser, & Co.* (1887), 12 A.C. 484 (H.L.)

En l'espèce, la perte résulte du naufrage du navire causé par la pénétration d'eau de mer. Cette perte ne se serait pas produite sur terre. Par

requirement that the accident be "of the sea" is therefore met. The respondents argue that the cause of the loss was corrosion and that this could have occurred anywhere, including on land. But the test is not whether the defect which started the causal chain that led to the loss is one that could occur exclusively at sea, but rather whether the accident itself—in this case the sinking of the ship—is one which could only occur at sea. Many sinkings result from causes which could occur on land—for example, the piercing of the hull of the ship with a rock could occur on land. No one would suggest that coverage under insurance for "perils of the sea" would not lie where a ship founders and sinks at sea for that reason. I conclude that this accident was "of the sea."

The real issue in this case, as I see it, is whether the cause of the accident was "fortuitous." It is fortuitous if it was neither intentional nor inevitable and does not fall within any of the exclusions referred to in s. 56 of the Act and the Act's definition of "perils of the sea."

What was the cause of the sinking in this case? The trial judge found there were two causes but did not decide which of them was the "proximate cause" because he regarded both as being the result of negligence and viewed negligence as necessarily being "fortuitous." He did not expressly consider whether any of the exceptions in s. 56 or the definition of "perils of the seas" in the Act apply.

The thrust of the respondent's submissions before us was that the loss here in question was not fortuitous in that it fell within the exceptions of ordinary wear and tear or inherent vice.

At this point it is useful to summarize the parties' arguments. The respondents' argument may be summarized as follows:

- (1) The proximate cause of the accident was the failure of cap screws;
- (2) The failure of the cap screws amounts to either ordinary wear and tear or inherent vice;
- (3) Thus the cause of the loss is not a "peril of the sea."

conséquent, l'exigence que l'accident soit «maritime» est remplie. Les intimées soutiennent que la perte résultait de la corrosion et que cela aurait pu se produire n'importe où, y compris sur terre.

- a* Toutefois, le critère n'est pas de savoir si le défaut à l'origine de la chaîne causale qui a entraîné la perte ne peut survenir qu'en mer, mais plutôt de savoir si l'accident lui-même—en l'espèce le naufrage du navire—ne peut se produire qu'en mer.
- b* Un grand nombre de naufrages résultent de causes qui pourraient se produire sur terre—par exemple, la perforation de la coque d'un navire par un rocher pourrait se produire sur terre. Nul ne dirait qu'il n'y aurait pas couverture aux termes d'une assurance contre les «périls de la mer» lorsqu'un navire chavire et coule en mer pour cette raison. Je conclus que cet accident était «maritime».

d À mon avis, la véritable question soulevée en l'espèce est de savoir si la cause de l'accident était «fortuite». Elle est fortuite si elle n'était ni intentionnelle ni inévitable et si elle ne relève pas de l'une des exclusions mentionnées à l'art. 56 de la Loi et de la définition que donne la Loi des «périls de la mer».

f Quelle a été la cause du naufrage en l'espèce? Le juge de première instance a conclu qu'il y avait deux causes mais n'a pas décidé laquelle constituait la «cause immédiate» parce qu'il a considéré que les deux résultaient de la négligence et estimé que la négligence était nécessairement «fortuite». Il n'a pas expressément examiné si l'une des exceptions contenues à l'art. 56 ou la définition que donne la Loi des «périls de la mer» s'appliquaient.

h Les arguments que les intimées nous ont présentés portaient essentiellement sur le fait que la perte dont il est question en l'espèce n'était pas fortuite parce qu'elle relevait des exceptions relatives à l'usure normale ou au vice inhérent.

i À ce stade-ci, il convient de résumer les arguments des parties. Les arguments des intimées peuvent être résumés de la manière suivante:

- (1) La cause immédiate de l'accident est la défaillance des vis à chapeau;
- (2) La défaillance des vis à chapeau équivaut à l'usure normale ou au vice inhérent;
- (3) Par conséquent, la cause de la perte n'est pas un «péril de la mer».

The appellants, on the other hand, argue that:

- (1) The proximate cause of the accident was the failure to close the valve, which is clearly fortuitous;
- (2) If the proximate cause were the failure of the cap screws that would also be fortuitous, in that it was caused by the negligent use of soft metal bolts rather than non-corrodable [*sic*] bolts in earlier repair work and constitutes neither ordinary wear and tear or inherent vice;

I turn first to the question of whether the failure of the bolts can be viewed as “ordinary wear and tear.” In my view it cannot. There was nothing ordinary about the failure of the cap screws. Their failure was extraordinary, resulting, as the trial judge found, from the negligent act of the repairers who installed them. As stated in *Arnould’s Law of Marine Insurance and Average*, vol. II, (16th ed. 1981), ordinary wear and tear is “merely the result of ordinary service conditions operating upon the hull or machinery, as for example when the relevant part wears out” Ordinary corrosion might well fall within this definition. But corrosion caused extraordinarily by the negligent use of the wrong materials does not.

The next question is whether the failure of the screws can be considered due to an inherent vice. This defence, it may be noted, was raised for the first time on this appeal. Below, the underwriters’ case rested solely on ordinary wear and tear.

The concept of inherent vice in the context of marine insurance refers to loss stemming from qualities inherent in the thing lost. The failure of the cap screws in the case at bar cannot be said to result from purely inherent qualities of the ship. The unfortunate installation of these parts in the ship was a result of the negligence of the repairers, an external cause unrelated to those qualities. The loss was fortuitous, in the sense that it was not the inevitable product of a quality inherent in the vessel.

Par ailleurs les appelantes soutiennent que:

- (1) La cause immédiate de l’accident est l’omission de fermer la vanne, ce qui est clairement fortuit;
- (2) Si la cause immédiate était la défaillance des vis à chapeau, elle serait également fortuite parce qu’elle a été causée par l’utilisation négligente de boulons fabriqués en métal doux plutôt que de boulons qui ne sont pas susceptibles de corrosion lors de travaux de réparation antérieurs et ne constitue ni de l’usure normale ni un vice inhérent;

J’examine d’abord la question de savoir si la défaillance des boulons peut être considérée comme de «l’usure normale». À mon avis, ce n’est pas possible. La défaillance des vis à chapeau n’avait rien de normal. Leur défaillance était extraordinaire et découlait, comme l’a conclu le juge de première instance, de l’acte négligent des réparateurs qui les ont installées. Comme le précise l’ouvrage *Arnould’s Law of Marine Insurance and Average*, vol. II, (16^e éd. 1981), l’usure normale [TRADUCTION] «est simplement l’effet des conditions d’utilisation normales sur la coque ou l’équipement, par exemple lorsque la pièce pertinente s’use» La corrosion normale pourrait très bien être visée par cette définition. Toutefois, la corrosion causée de façon extraordinaire par l’utilisation négligente de matériaux inadéquats ne l’est pas.

La question suivante est de savoir si la défaillance des vis peut être considérée comme résultant d’un vice inhérent. Il convient de souligner que ce moyen de défense a été soulevé pour la première fois dans le présent pourvoi. Devant les cours d’instance inférieure, l’argumentation des assureurs portait uniquement sur l’usure normale.

Le concept du vice inhérent dans le contexte de l’assurance maritime renvoie à la perte qui découle des attributs inhérents de la chose perdue. On ne peut dire que la défaillance des vis à chapeau en l’espèce a résulté d’attributs purement inhérents du navire. L’installation malheureuse de ces pièces sur le navire a résulté de la négligence de réparateurs, une cause externe n’ayant rien à voir avec ces attributs. La perte était fortuite en ce sens qu’elle ne découlait pas inévitablement d’un attribut inhérent du navire.

I conclude that even if one were to assume that the proximate cause of the sinking was the failure of the cap screws, that would not assist the respondents, since the cause of that failure was not ordinary wear and tear or inherent vice, but the fortuitous negligence of the repairers.

I have approached the matter thus far on the assumption made in the Court of Appeal below that there can only be one proximate cause of the loss, concluding that even on that basis, there is coverage. However, I am of the view that it is wrong to place too much emphasis on the distinction between proximate and remote cause in construing policies such as this. Generally speaking, the authorities do not follow such a course. I do not read s. 56 of the *Insurance (Marine) Act* as limiting the cause of the loss to a single peril. Realistically speaking, it must be recognized that several factors may combine to result in a loss at sea. It is unrealistic to exclude from consideration any one of them, provided it has contributed to the loss. What is essential in order to establish that the loss is "fortuitous" is an accident caused by the intervention of negligence, or adverse or unusual conditions without which the loss would not have occurred. This is the shared idea which underlies the exclusion from coverage of damage due to ordinary wear and tear or inherent vice.

The cases and the textbook writers confirm this approach. Thus *Arnould's* (p. 655) suggests that a ship which founders in fair and calm seas due to unseaworthiness caused by an earlier fortuitous event will be covered, stating that "In such cases it is the entry of the sea-water, fortuitous by reason of the earlier happenings which gave rise to that occurrence, which constitutes the operation of a peril of the seas." The authors go on to state:

The position is otherwise if the loss is due to unseaworthiness at the start of the voyage, and no adverse or unusual conditions occurred thereafter. [Emphasis added.]

On this reasoning, it does not matter if one of the causes of the loss is ordinary wear and tear or inherent vice, provided that an efficient or effective cause of the loss—one without which the loss

Je conclus que même si on devait présumer que la cause immédiate du naufrage est la défaillance des vis à chapeau, cela n'aiderait pas les intimées étant donné que la cause de cette défaillance était non pas l'usure normale ou le vice inhérent, mais la négligence fortuite des réparateurs.

Jusqu'à présent, j'ai abordé la question en tenant compte de l'hypothèse qu'a retenue la Cour d'appel selon laquelle il ne peut y avoir qu'une cause immédiate de la perte, concluant que même sur ce fondement il y a couverture. Toutefois, je suis d'avis qu'il n'est pas juste d'accorder trop d'importance à la distinction entre la cause immédiate et la cause éloignée dans l'interprétation de polices comme celle qui est visée en l'espèce. En général, la doctrine et la jurisprudence n'adoptent pas une telle position. Je ne considère pas que l'art. 56 de l'*Insurance (Marine) Act* limite la cause de la perte à un seul péril. De manière réaliste, il faut reconnaître qu'une perte en mer peut résulter de la combinaison de plusieurs facteurs. Il est irréaliste de ne pas tenir compte de l'un deux, s'il a contribué à la perte. Un accident causé par la négligence ou des conditions défavorables ou anormales sans lesquelles il n'y aurait pas eu de perte constitue le facteur essentiel pour établir que la perte est «fortuite». C'est l'idée commune qui sous-tend l'exclusion de la couverture des dommages résultant de l'usure normale ou d'un vice inhérent.

La jurisprudence et la doctrine confirment cette position. Ainsi dans *Arnould's* (p. 655), on laisse entendre qu'un navire qui chavire dans une mer calme en raison de l'innavigabilité causée par un événement antérieur fortuit sera couvert, indiquant que [TRADUCTION] «[d]ans de tels cas c'est la pénétration de l'eau de mer, fortuite en raison de l'événement antérieur qui a entraîné cet accident, qui constitue l'application d'un péril de la mer.» On continue:

[TRADUCTION] La situation est différente si la perte est due à l'innavigabilité au début du voyage, et qu'aucune condition défavorable ou anormale ne s'est présentée par la suite. [Je souligne.]

D'après ce raisonnement, il n'importe pas que l'une des causes de la perte soit l'usure normale ou un vice inhérent, pourvu qu'une cause réelle de la perte—sans laquelle la perte ne se serait pas pro-

would not have occurred—was fortuitous. That is certainly so in the case at bar. It is not disputed that had the valve been closed, as it should have been, the vessel would not have sunk. Thus the loss, viewed in all the circumstances of the case, was fortuitous. The trial judge was right to take the view that he need not analyze which of the two causes of the loss was proximate, given that it was clear on his findings that the sinking of the ship would not have occurred but for the unusual and fortuitous event of the valve being negligently left open.

This broader approach has much to recommend it, in my view. The question of whether insurance applies to a loss should not depend on metaphysical debates as to which of various causes contributing to the accident was proximate. Apart from the apparent injustice of making indemnity dependent on such fine and contestable reasoning, such a test is calculated to produce disputed claims and litigation. It should be sufficient to bring the loss within the risk if it is established that, viewed in the entire context of the case, the loss is shown to be fortuitous in the sense that it would not have occurred save for an unusual event not ordinarily to be expected in the normal course of things.

It is true that a number of the older English authorities debate the issue of proximate cause in connection with the exclusion of ordinary wear and tear. The authors of *Arnould's*, however, suggest that these cases would be open to review in circumstances where the vessel sinks suddenly from an undetected failure. They state at pp. 655-56:

... the authorities in which unseaworthiness or wear and tear has been held the proximate cause of loss would, if it is submitted, be open to review were this point to arise for decision. It was stated by Lloyd J. in *The Hellenic Dolphin* that the incursion of sea-water through an undetected defect in the ship's basic plating is a classic case of damage by perils of the sea. Although this observation was made in the context of a claim for cargo damage under contracts of affreightment, and a claim

duite—ait été fortuite. C'est certainement le cas en l'espèce. Personne ne conteste que si la vanne avait été fermée comme elle l'aurait dû l'être, le navire n'aurait pas sombré. Par conséquent, la perte, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, était fortuite. Le juge de première instance a eu raison d'adopter le point de vue selon lequel il n'était pas nécessaire d'analyser laquelle des deux causes de la perte était immédiate, compte tenu du fait qu'il était clair d'après ses conclusions que le naufrage du navire ne se serait pas produit n'eût été l'événement inhabituel et fortuit de l'omission négligente de fermer la vanne.

À mon avis, beaucoup de facteurs militent en faveur de l'adoption de cette interprétation plus large. La question de savoir si l'assurance s'applique à une perte ne devrait pas dépendre de débats métaphysiques visant à déterminer laquelle des diverses causes de l'accident était immédiate. Outre l'injustice apparente que constitue le fait qu'une indemnisation dépende d'un raisonnement aussi subtil et contestable, un tel critère est susceptible de donner lieu à des réclamations contestées et à des litiges. Il devrait suffire de faire correspondre la perte et le risque s'il est établi, compte tenu du contexte global de l'affaire, que la perte est fortuite en ce sens qu'elle ne se serait pas produite n'eût été un événement inhabituel auquel on ne s'attend ordinairement pas dans le cours normal des choses.

Il est vrai que, dans un certain nombre de vieux précédents anglais, la question de la cause immédiate a été débattue en rapport avec l'exclusion de l'usure normale. Toutefois, les auteurs de l'ouvrage *Arnould's*, laissent entendre que ces précédents pourraient être révisés dans des circonstances où le navire coule de façon soudaine en raison d'une défaillance qui n'a pas été décelée. Ils affirment, aux pp. 655 et 656:

[TRADUCTION] ... les affaires dans lesquelles on a conclu que l'innavigabilité ou l'usure constituait la cause immédiate d'une perte pourraient, à notre avis, être révisées si ce point était soulevé. Le juge Lloyd dans l'arrêt *The Hellenic Dolphin* a dit que la pénétration de l'eau de mer en raison d'un défaut non décelé dans le revêtement de base du navire est un cas classique d'avarie attribuable aux périls de la mer. Bien que cette observation ait été faite dans le contexte d'une réclama-

under a hull policy would no doubt give rise to different considerations, because of the doctrine of inherent vice, there is much to be said for the view that a loss by foundering due to a sudden failure in the ship's structure should be regarded as a fortuitous casualty, even in the absence of any adverse weather or sea conditions at or near the time of the occurrence. [Emphasis added.]

At page 659, the authors of *Arnould's* conclude:

It is submitted that the better view is probably that a defence of wear and tear or inherent vice is applicable to cases where the loss is attributable to a general debility of the vessel such as to make it plain that the loss was a certainty, whatever the state of the weather or the sea, but that the defence is unlikely to prevail in cases where there is a sudden failure of a part of the structure, even though this may have long-standing causes, or be due merely to metal fatigue, and though the weather and sea conditions at the time may be in no way unusual or extreme.

These excerpts suggest that quite apart from the fortuitous happening of someone's negligently leaving the valve open in the case at bar and quite apart from the fact that the failure of the cap screws was the result of negligence, the policy there at issue would have applied merely by reason of the fact that the sinking of the vessel was sudden and due to an undetected and unexpected defect. In view of my earlier conclusion that there is coverage, I need not consider whether there would be liability apart from the negligence demonstrated in the case at bar. These passages, however, serve to illustrate a non-technical approach to the question of causation, which is quite at odds with the respondents' submissions.

I cannot conclude without alluding to the insistence in the Court of Appeal below that the loss of the ship must have been the foreseeable result of negligence in order for there to be coverage in this case. There is no suggestion in the authorities that foreseeability of loss is a condition of recovery, with the possible exception of *The Bamcell II*, where Lambert J.A., in a passage affirmed by this Court, spoke of the foreseeable risk of harm result-

tion pour avaries à la cargaison en vertu de contrats d'affrètement et qu'une réclamation en vertu d'une police d'assurance maritime sur corps ferait certainement intervenir des considérations différentes en raison de la théorie du vice inhérent, il y a des motifs sérieux à l'appui de l'opinion selon laquelle la perte d'un navire qui chavire en raison d'une défaillance soudaine de sa structure devrait être considérée comme un sinistre fortuit, même en l'absence de conditions atmosphériques ou maritimes défavorables au moment de l'accident. [Je souligne.]

À la page 659, les auteurs d'*Arnould's* concluent:

[TRANSLATION] Nous sommes d'avis que la meilleure interprétation est probablement celle où une défense fondée sur l'usure normale ou un vice inhérent est disponible lorsque la perte est attribuable au mauvais état général du navire, de sorte que la perte était certaine indépendamment des conditions atmosphériques ou maritimes. Toutefois, ce moyen de défense est peu susceptible de réussir dans les cas où un bris soudain se produit dans une partie de la structure, même si cette situation existait depuis longtemps ou était due simplement à la fatigue du métal, bien que les conditions atmosphériques ou maritimes au moment de l'incident n'aient été aucunement rigoureuses ou anormales.

Ces extraits laissent entendre que, outre l'incident fortuit qu'est l'omission négligente de fermer la vanne en l'espèce et outre le fait que la défaillance des vis à chapeau résultait de la négligence, la police en question se serait appliquée simplement parce que le naufrage du navire était soudain et dû à un défaut non décelé et inattendu. Compte tenu de ma conclusion antérieure qu'il y a couverture, il n'est pas nécessaire que j'examine la question de savoir s'il y aurait responsabilité indépendamment de la négligence démontrée en l'espèce. Toutefois, ces passages servent à illustrer une façon informelle d'aborder la question de la causalité, qui ne concorde pas du tout avec les arguments des intimés.

Je ne puis conclure sans faire allusion au fait qu'on ait fait valoir avec insistance devant la Cour d'appel que la perte du navire aurait dû être le résultat prévisible de la négligence pour qu'il y ait couverture en l'espèce. La jurisprudence et la doctrine ne laissent nullement entendre que la prévisibilité d'une perte est une condition de l'indemnisation, à l'exception peut-être de l'arrêt *The Bamcell II*, où le juge Lambert, dans un passage confirmé

ing from a negligent act as being sufficient to bring the case within the category of "fortuitous accident". While this is doubtless sufficient to establish coverage, I do not take the passage as suggesting that the existence of a negligent act which foreseeably may cause harm is a necessary condition of recovery under the policy. Indeed, as the authorities amply demonstrate, neither negligence nor foreseeability is necessary to bring a claim within the concept of "perils of the seas." As noted earlier, *The Bamcell II* itself affirms that the only two conditions for recovery are (1) "a fortuitous accident or casualty" which is (2) "of the sea".

In summary, it is my view that the following procedure should be followed in determining whether a loss was proximately caused by a peril of the sea. First, the cause or causes of the loss should be ascertained. It should then be asked whether the loss is fortuitous in that it would not have occurred but for an accident or unforeseen event brought about by negligence or adverse or unusual conditions. The loss will not be fortuitous if the exclusions in s. 56(2) or in the definition of "perils of the seas" in the schedule to the Act are established. If the loss is fortuitous in this sense then the policy applies.

Conclusion

I am of the view that regardless of how the cause of the loss is analyzed, the loss here was the result of a "fortuitous accident" related to or "of the sea", and hence within the coverage for perils of the sea. Having said that, it is my view that in determining whether a loss falls within the policy, the cause of the loss should be determined by looking at all the events which gave rise to it and asking whether it is fortuitous in the sense that the accident would not have occurred "but for" or without an act or event which is fortuitous in the sense that it was not to be expected in the ordinary course of things. This approach is preferable, in my view, to the artificial exercise of segregating the causes of the loss with a view to labelling one

par notre Cour, a dit que le risque prévisible de préjudice résultant d'un acte négligent est suffisant pour que l'affaire tombe dans la catégorie des «accidents fortuits». Bien que cela soit sans doute suffisant pour établir qu'il y a couverture, ce passage ne signifie pas, suivant mon interprétation, que l'existence d'un acte négligent dont on peut prévoir qu'il causera un préjudice constitue une condition nécessaire pour qu'il y ait indemnisation en vertu de la police. En fait, comme la jurisprudence et la doctrine l'ont amplement démontré, ni la négligence ni la prévisibilité ne sont nécessaires pour qu'une réclamation relève du concept des «périls de la mer». Comme je l'ai mentionné précédemment, l'arrêt *The Bamcell II* affirme que les deux seules conditions pour qu'il y ait indemnisation sont (1) «un accident ou un sinistre fortuit» qui est (2) «maritime».

Bref, je suis d'avis que la procédure suivante doit être suivie pour déterminer si un péril de la mer est la cause immédiate d'une perte. Premièrement, la ou les causes de la perte devraient être vérifiées. On devrait alors se demander si la perte est fortuite du fait qu'elle ne se serait pas produite n'eût été un accident ou un événement imprévu causé par la négligence ou des conditions défavorables ou anormales. La perte ne sera pas fortuite si les exclusions prévues au par. 56(2) ou dans la définition des «périls de la mer» figurant dans l'annexe de la Loi sont établies. Si la perte est fortuite dans ce sens alors la police s'applique.

Conclusion

Je suis d'avis, que peu importe la manière dont la cause de la perte est analysée, la perte en l'espèce a résulté d'un «accident fortuit», «maritime» ou se rapportant à la mer et est donc visée par la couverture contre les périls de la mer. Je suis donc d'avis que pour déterminer si une perte relève de la police, on doit déterminer la cause de la perte en examinant tous les événements qui y ont donné lieu et en se demandant si elle est fortuite en ce sens que l'accident ne se serait pas produit «n'eût été» un acte ou un événement qui est fortuit en ce sens qu'on ne devait pas s'y attendre dans le cours ordinaire des choses. À mon avis, cette position est préférable à l'exercice artificiel de la séparation des causes de la perte qui vise à

as proximate and the others as remote, an exercise on which the best of minds may differ. On this approach, the loss here at issue falls within the policy because it would not have occurred but for the negligent act of leaving open the valve.

I would allow the appeal with costs, and restore the judgment of the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.

qualifier l'une d'immédiate et les autres d'éloignées, un exercice à l'égard duquel les esprits les plus éclairés peuvent avoir des opinions divergentes. Suivant cette méthode d'interprétation, la ^a perte en l'espèce relève de la police parce qu'elle ne se serait pas produite n'eût été l'acte négligent de laisser la vanne ouverte.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens ^b et de rétablir le jugement de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Campney & Murphy, Vancouver.

^c *Procureurs des intimées: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

Darel Grant Wallen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. WALLEN

File No.: 20762.

1990: February 23; 1990: April 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — First degree murder — Planning and deliberation — Intoxication — Instructions to jury — Trial judge not pointing out to jury that planning and deliberation may be negated by lesser degree of drunkenness than that required to negative intent to commit murder — Whether trial judge's charge sufficient as regards effect of accused's intoxication on planning and deliberation.

Criminal law — Jury — Deliberation — Request by jury to have written explanation of what constitutes first and second degree murder — Whether trial judge erred in declining that request.

The appellant was charged with first degree murder. Part of his defence was that alcohol and drugs had impaired his judgment and control over his emotions and actions. The trial judge instructed the jury to take the evidence of drunkenness into account with respect to the intent to kill and again in considering whether the murder was planned and deliberate. He then told the jury as part of his charge that "if a man is very intoxicated, it makes it much less likely that during the period of his intoxication, he could formulate a plan" and that "if he is very intoxicated, it is much less likely that his act is an intentional one". Shortly after beginning its deliberations, the jury asked the trial judge to provide a written explanation of what constitutes first and second degree murder. The trial judge refused the request, but added that the jury was at liberty to come back at any time and ask for a further explanation. The jury convicted the appellant on the charge of first degree murder. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction. This appeal raises questions as to the sufficiency of the trial judge's charge and the sufficiency of his response to a question from the jury.

Darel Grant Wallen *Appelant*

c.

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

N° du greffe: 20762.

1990: 23 février; 1990: 12 avril.

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

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

^c *Droit criminel — Meurtre au premier degré — Préméditation — Ivresse — Exposé au jury — Omission du juge du procès de signaler au jury qu'un degré d'ivresse moindre que celui requis pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre peut neutraliser la préméditation — L'exposé du juge au jury relativement aux conséquences de l'ivresse sur la préméditation était-il adéquat?*

^e *Droit criminel — Jury — Délibérations — Demande par le jury d'explications écrites sur ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'accédant pas à cette demande?*

^f L'appelant a été accusé de meurtre au premier degré. Il a soutenu en défense que l'alcool et les drogues avaient affaibli ses facultés de juger et de contrôler ses émotions et ses actes. Le juge du procès a dit au jury de tenir compte de la preuve de l'état d'ivresse relativement à la question de l'intention de commettre un meurtre et d'en tenir compte aussi au moment de déterminer si le meurtre avait été prémédité. Il a alors dit au jury, dans ses directives, que «si un homme est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable qu'il puisse, dans cet état, établir un plan» et que «s'il est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable que son acte soit intentionnel». Peu de temps après avoir entrepris ses délibérations, le jury a demandé au juge du procès de lui fournir des explications écrites sur ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a refusé d'accéder à cette demande, mais ^g il a ajouté qu'il était loisible au jury de revenir à n'importe quel moment pour obtenir de plus amples explications. Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent ^h pourvoi soulève des questions relativement au caractère adéquat de l'exposé du juge au jury et relativement au caractère adéquat des réponses du juge au jury.

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

Per Lamer and Cory JJ.: The trial judge's charge was insufficient as regards the effect of intoxication on planning and deliberation. While the trial judge made sufficiently clear in his charge that the jury should consider the level of the appellant's impairment due to alcohol and drugs separately as regards intent to kill and planning and deliberation, he failed to instruct them expressly that planning and deliberation might be negated by drunkenness falling short of incapacity to form the intent to kill. Such an instruction was essential. Further, the trial judge's charge, read as a whole, did not explicitly or sufficiently inform the jury of this distinction; the use of the words "very intoxicated" in connection with the effect of drunkenness on planning and deliberation may have left the jury with the mistaken impression that a lesser degree of intoxication than that required to negate the intent to kill could not negate planning and deliberation.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* has no application in this case. The trial judge's error bore directly on the crucial issue before the jury. The Crown did not satisfy the Court that the jury would have necessarily returned a verdict of first degree murder had there not been the error regarding the failure to make clear that planning and deliberation can be negated by a lesser degree of intoxication than that required to negate the intent to commit murder.

Per La Forest J.: There is no hard and fast rule that the trial judge must always give explicit instructions clearly distinguishing between the degree of intoxication necessary to negate intent to kill and that necessary to negate planning and deliberation. The charge must be read as a whole. In this case, however, the repeated use of the words "very intoxicated" in both contexts may have misled the jury. The fact that the jury sought to obtain the text of the provisions dealing with first and second degree murder does nothing to allay one's concern about that possibility.

With respect to the jury's request for a written explanation of what constitutes first and second degree murder, the trial judge should in all the circumstances have made further enquiries to determine the precise matter of concern to the jury and clarified any confusion that might have existed regarding the distinction between the two, an issue that went to the heart of the case.

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

Les juges Lamer et Cory: L'exposé du juge au jury était inadéquat relativement à l'effet de l'intoxication sur la préméditation. Même si le juge du procès a l'espèce a établi avec suffisamment de clarté dans son exposé que le jury devrait considérer séparément le degré d'intoxication de l'appelant résultant la consommation d'alcool et de drogues en regard, d'une part, de l'intention de commettre le meurtre et, d'autre part, de la préméditation, il a omis d'aviser expressément le jury qu'un état d'ivresse moindre que celui qui empêche de former l'intention de tuer peut neutraliser la préméditation. Cette directive était essentielle. De plus, l'exposé du juge au jury, pris dans son ensemble, n'a ni explicitement ni suffisamment expliqué cette distinction au jury; l'emploi des mots «très intoxiqué» en rapport avec l'effet de l'ivresse sur la préméditation peut avoir incité le jury à penser à tort qu'un degré d'ivresse moins élevé que celui requis pour neutraliser l'intention de tuer ne pouvait pas neutraliser la préméditation.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne s'applique pas en l'espèce. L'erreur du juge portait directement sur la question cruciale à laquelle devait répondre le jury. Le ministère public n'a pas convaincu la Cour que le jury aurait nécessairement rendu un verdict de meurtre au premier degré en l'absence de l'erreur consistant à ne pas avoir dit explicitement qu'un degré d'intoxication moins élevé que celui nécessaire pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre peut neutraliser la préméditation.

Le juge La Forest: Il n'existe aucune règle rigide et absolue qui oblige le juge du procès à toujours donner des directives explicites qui fassent une distinction claire entre le degré d'intoxication nécessaire pour neutraliser l'intention de tuer et celui qui est nécessaire pour neutraliser la préméditation. L'exposé doit être considéré comme un tout. En l'espèce, toutefois, l'utilisation répétée de l'expression «très intoxiqué» dans les deux contextes peut avoir induit le jury en erreur. Le fait que le jury ait essayé d'obtenir le texte des dispositions traitant des meurtres au premier et au second degré n'aide pas à combattre les craintes à ce sujet.

Pour ce qui est de la demande par le jury d'une explication écrite de ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré, le juge du procès aurait dû, étant donné l'ensemble des circonstances, prendre d'autres renseignements pour déterminer exactement ce qui préoccupait le jury et clarifier toute confusion qui pouvait exister quant à la différence entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, une question cruciale en l'espèce.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* has no application in this case.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The trial judge's charge as a whole makes clear the requirement that the jury direct its attention to the critical question of whether the accused was too intoxicated to be capable of formulating or carrying out a plan to murder. While the trial judge must instruct the jury to consider intoxication with respect to planning and deliberation separately from intoxication with respect to intent, it is not an absolute rule that he must also expressly instruct the jury that a lesser degree of intoxication may suffice to establish incapacity to formulate or carry out a plan to murder than to negative intent to kill.

The degree of drunkenness required to negative capacity to formulate and carry out a plan is a question of fact for the jury. In deciding this question, the jury will take into account the complexity of the plan and the degree of intoxication demonstrated by the evidence. It is evident that the degree of intoxication required to negative capacity to plan and execute a murder may be less than the degree required to negative intent to kill. While it might be useful to instruct the jury explicitly on this point, failure to do so is insufficient to vitiate the charge. The matter is one of fact rather than law and one with which the jury is quite capable of dealing, provided it has been properly instructed on the legal elements as well as the facts. Here, the trial judge's charge, read as a whole, leaves no doubt that the jury were in a position to properly assess the relationship between the appellant's intoxication and his ability to formulate and carry through a plan for murder. Although it would have been better if the trial judge had not used the phrase "very intoxicated" in discussing the capacity to formulate and carry out such a plan, it could not have misled the jury, given the entire charge on this issue.

The trial judge did not err in declining the jury's request for a written explanation of what constitutes first and second degree murder. The fact that the jury did not come back and ask for a further explanation, even though the trial judge had invited them to do so, negates the suggestion that they did not understand the difference between the two. They were at the beginning of their deliberations and may have simply concluded that it would be more convenient for each juror to have a written copy of the instructions. The trial judge is likely to have a better appreciation than an appellate court of the sense of a jury's questions and what is really being sought. Where the trial judge adequately responds

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne s'applique pas en l'espèce.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'exposé du juge du procès, pris dans son ensemble, indique clairement que le jury devait se poser la question cruciale de savoir si l'accusé était trop intoxiqué pour être capable de former ou d'exécuter le projet de commettre un meurtre. Bien que le juge doive dire au jury d'examiner la question de l'intoxication relativement à la préméditation séparément de l'intoxication relativement à l'intention, il n'y a pas de règle absolue qu'un juge doit expressément aviser le jury qu'un degré d'intoxication moins élevé que celui requis pour neutraliser l'intention de tuer peut suffire à établir l'incapacité de l'accusé de concevoir et d'exécuter un plan de meurtre.

Le degré d'ivresse requis pour neutraliser la capacité de concevoir et d'exécuter un projet est une question de fait qu'il appartient au jury de décider. Pour se prononcer sur cette question, le jury tiendra compte de la complexité du plan et du degré d'intoxication établi par la preuve. Il est évident que le degré d'intoxication requis pour neutraliser la capacité de concevoir et d'exécuter un meurtre peut être moins élevé que le degré requis pour neutraliser l'intention de tuer. Bien qu'il puisse être utile de le dire expressément au jury, l'omission de le faire ne suffit pas pour invalider l'exposé. Il s'agit d'une question de fait et non de droit que le jury est tout à fait capable de trancher pourvu qu'il ait reçu des directives appropriées sur les éléments en droit et sur les faits. En l'espèce, l'exposé du juge du procès, examiné dans son ensemble, établit sans aucun doute que le jury était en mesure d'évaluer adéquatement le rapport entre l'intoxication de l'appelant et sa capacité de concevoir et d'exécuter un projet de meurtre. Bien qu'il eût été préférable que le juge du procès n'ait pas utilisé l'expression «très intoxiqué» dans l'examen de la capacité de concevoir et d'exécuter le projet de meurtre, vu l'ensemble de l'exposé sur cette question, cette expression n'a pu induire le jury en erreur.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant d'accéder à la demande par le jury d'explications écrites sur ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré. Le fait que le jury ne soit pas revenu et n'ait pas demandé d'autres explications, même si le juge du procès avait invité les jurés à le faire, permet de rejeter la prétention que le jury n'a pas compris la différence entre l'un et l'autre type de meurtre. Les jurés venaient de commencer à délibérer et ils ont pu simplement conclure qu'il serait préférable que chaque juré ait devant lui des directives écrites. Le juge du procès est vraisemblablement mieux placé qu'une cour d'appel pour apprécier le sens de la question d'un

to what, on a reasonable construction, appears to be the jury's concern, an appellate court should be reluctant to intervene.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; **referred to:** *R. v. Kematch and Campeau* (1979), 48 C.C.C. (2d) 179; *R. v. Knuff* (1980), 52 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337, rev'g on other grounds (1986), 29 C.C.C. (3d) 544; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Mitchell, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 84 A.R. 12, dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Alexander D. Pringle, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

The reasons of Lamer and Cory JJ. were delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleague Justice McLachlin. While I agree with her summary of the facts and the issues, I do not, with respect, concur with her disposition of this appeal.

Analysis

In light of my conclusion as regards the issue of the trial judge's charge on the effect of intoxication on planning and deliberation, I find it unnecessary to deal with the other issues raised by the appellant, namely the trial judge's response to the jury's question and his comments about plan-

jury, ce qui est réellement demandé et ce qui est requis. Lorsque le juge du procès répond adéquatement à ce qui paraît raisonnablement constituer une préoccupation du jury, une cour d'appel devrait hésiter à modifier sa décision.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; **arrêts mentionnés:** *R. v. Kematch and Campeau* (1979), 48 C.C.C. (2d) 179; *R. v. Knuff* (1980), 52 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, inf. pour d'autres motifs (1986), 29 C.C.C. (3d) 544; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. v. Mitchell, [1964] R.C.S. 471; *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 84 A.R. 12, rejetant l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur l'accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Alexander D. Pringle, pour l'appellant.

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Lamer et Cory rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Bien que je sois d'accord avec son résumé des faits et des questions en litige, je ne peux, avec égards, souscrire au dispositif qu'elle propose.

L'analyse

Compte tenu de ma conclusion sur la question de l'exposé du juge du procès quant à l'effet de l'intoxication sur la préméditation, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter des autres questions soulevées par l'appelant, c'est-à-dire la réponse du juge du procès à la question du jury et ses remar-

ning and deliberation that may have occurred at some earlier point when the appellant was sober.

I must state at the outset that generally the trial judge's charge to the jury as a whole, and specifically on the meaning of "planning and deliberation", was without fault. Indeed, the appellant does not take issue with the trial judge's comments in respect of the meaning of "planning and deliberation". The main issue in contention is whether he properly and sufficiently charged the jury as regards the potential effect of the appellant's impairment due to alcohol and drugs on planning and deliberation. This Court in *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, addressed the matter of how a trial judge should deal with evidence of intoxication on the issues of intent to kill and planning and deliberation. In that case Mitchell was convicted of the capital murder of his brother. There was evidence that on the day of the killing the brothers had been drinking and had argued. Mitchell obtained a gun from a friend, waited for his brother to come out of his house and then shot and killed him. The Court of Appeal for British Columbia ordered a new trial. One of the issues on appeal to this Court was whether the trial judge erred in failing to point out to the jury that deliberation might have been negated by provocation and drunkenness.

Spence J., speaking for the majority of the Court at pp. 475-76, made clear, first of all, that the effect of drunkenness must be treated separately as it relates to the intent to kill and planning and deliberation:

... I believe some such procedure is necessary to illustrate to the jury the absolute necessity of considering the evidence firstly upon the issue of intent and the ameliorating provision as to provocation and then again, only if they find against the accused on the first issue, upon the issue of planning and deliberation. I adopt upon this latter issue the statement of Tysoe J.A. in his reasons:

Our concern is with quite a different matter, namely, the effect of the drinking of the appellant and of the deceased's provocative conduct on the mind and mental processes of the appellant in his then condition

ques relatives à la préméditation possible à une époque antérieure quand l'appelant était sobre.

Je dois dire dès le départ que, dans son ensemble, l'exposé du juge du procès au jury et, plus précisément sur la signification de la «préméditation», ne comportait pas d'erreur. En effet, l'appelant ne conteste pas les remarques du juge du procès sur la signification de la «préméditation». Le principal point contentieux est de savoir s'il a donné au jury des directives adéquates et suffisantes quant à l'effet que pouvait avoir sur la préméditation l'état dans lequel se trouvait l'appelant après avoir consommé de l'alcool et des drogues. Dans l'arrêt *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, notre Cour a examiné la question de savoir comment un juge du procès devrait analyser la preuve de l'intoxication à l'égard des questions de l'intention de tuer et de la préméditation. Dans cet arrêt, Mitchell avait été déclaré coupable du meurtre qualifié de son frère. Selon la preuve, les frères avaient bu et s'étaient disputés le jour du meurtre. Mitchell s'était procuré un fusil chez un ami, il avait attendu que son frère sorte de chez lui et l'avait ensuite tué par balle. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné un nouveau procès. L'une des questions que notre Cour devait trancher était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en ne signalant pas au jury que la préméditation avait pu être neutralisée par la provocation et l'ivresse.

Aux pages 475 et 476, le juge Spence, au nom de la majorité, a d'abord clairement indiqué que l'effet de l'ivresse doit être examiné séparément quant à l'intention de tuer et quant à la préméditation:

[TRADUCTION] ... j'estime que cette façon de procéder est nécessaire pour démontrer au jury la nécessité absolue d'examiner la preuve d'abord quant à la question de l'intention et de la disposition supplémentaire relative à la provocation, et ensuite, mais seulement s'il rend une décision contre l'accusé sur la première question, quant à la question de la préméditation. Sur ce dernier point, je fais mienne l'affirmation du juge Tysoe de la Cour d'appel dans ses motifs:

Notre préoccupation porte sur une question fort différente, savoir l'effet de l'ébriété de l'appelant et des provocations de la victime sur l'état d'esprit et le processus mental de l'appelant dans l'état où il était

in relation to the issue of planning and deliberation on his part.

See also *R. v. Kematch and Campeau* (1979), 48 C.C.C. (2d) 179 (Sask. C.A.), at p. 191, and *R. v. Knuff* (1980), 52 C.C.C. (2d) 523 (Alta. C.A.), at pp. 536-37. In my view, the trial judge in the case at bar made sufficiently clear in his charge that the jury should consider the level of the appellant's impairment due to alcohol and drugs separately as regards intent to kill and planning and deliberation. I reproduce that portion of his charge to demonstrate:

What I have said to you before applies here as well. Before, my discussion of the evidence of drunkenness applied to the question of whether the accused had either of the intents which is necessary for the accused to be found guilty of murder. Now, the same evidence should be considered by you again at this stage if you reach this stage. That is, if you conclude that there was murder and you're deciding whether it's first degree or second degree murder.

There remains, however, the issue of whether the trial judge correctly instructed the jury on how it should treat the effect of drunkenness on planning and deliberation as distinct from its effect on intent to kill. In this regard Spence J. in *Mitchell*, *supra*, at p. 477, expressly adopted the following statement of Whittaker J.A. in the court below:

The learned Judge was, of course, dealing with drunkenness as a defence to murder generally, but it was not anywhere suggested in the charge that the jury might consider the evidence of drink as showing that appellant's passions had been inflamed by alcohol and, therefore, having a bearing on the important element of deliberation and as a defence reducing capital murder to non-capital. Nor was it pointed out that deliberation might be negated by drunkenness falling short of incapacity to form the intent to kill, if the jury thought such a finding supported by the evidence. [Emphasis added.]

The need for a trial judge to explicitly make the point underlined above was affirmed by Martin

alors, quant à la question de la préméditation de sa part.

Voir également les arrêts *R. v. Kematch and Campeau* (1979), 48 C.C.C. (2d) 179 (C.A. Sask.) à la p. 191, et *R. v. Knuff* (1980), 52 C.C.C. (2d) 523, (C.A. Alb.) aux pp. 536 et 537. À mon avis, le juge du procès en l'espèce a établi avec suffisamment de clarté dans son exposé que le jury devrait considérer séparément le degré d'intoxication de l'appelant résultant de la consommation d'alcool et de drogues, en regard, d'une part, de l'intention de commettre le meurtre et, d'autre part, de la préméditation. L'extrait suivant de son exposé le démontre:

[TRADUCTION] Ce que je vous ai dit auparavant s'applique ici également. Avant, mon analyse de la preuve de l'ivresse portait sur la question de savoir si l'accusé avait l'une des intentions nécessaires pour être coupable de meurtre. Maintenant, vous devriez examiner la même preuve encore une fois à cette étape, si vous y parvenez. C'est-à-dire, si vous concluez qu'il y a eu meurtre et que vous devez décider s'il s'agit d'un meurtre au premier ou au deuxième degré.

Il reste à décider cependant si, dans ses directives, le juge du procès a donné au jury des directives adéquates sur la manière de considérer l'effet de l'ivresse sur la préméditation, par opposition à son effet sur l'intention de tuer. À cet égard, dans l'arrêt *Mitchell*, précité, à la p. 477, le juge Spence a fait sienne l'affirmation suivante du juge Whittaker de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès traitait évidemment de l'ivresse comme moyen de défense à une accusation de meurtre en général, mais il n'a jamais laissé entendre dans l'exposé que le jury pourrait considérer la preuve de l'ivresse comme démontrant que les passions de l'appelant avaient été exacerbées par l'alcool et, par conséquent, comme ayant une incidence sur l'élément important de la préméditation, ni comme moyen de défense permettant de réduire l'accusation de meurtre qualifié à celle de meurtre non qualifié. On n'a pas dit non plus que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation, si le jury estimait que cette conclusion était justifiée par la preuve. [Je souligne.]

Le juge Martin de la Cour d'appel a établi dans l'arrêt *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129

J.A. in *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129 (Ont. C.A.), at p. 138:

I am, however, of the view that the learned trial Judge's charge was defective in failing to instruct, expressly, the jury that planning and deliberation might be negated by drunkenness, falling short of incapacity to form the intent required to constitute murder . . . [Emphasis added.]

This view was reiterated once more by Cory J.A. (as he then was) in *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.), at p. 557:

It was therefore necessary to direct the jury only that the consumption of alcohol along with all the other surrounding circumstances was to be taken into account in determining whether or not the accused did in fact plan and deliberate upon the killing of the victim. It was also necessary for the trial judge to point out that a lesser degree of drunkenness than might be required to negate the intent to kill may negate planning and deliberation. [Emphasis added.]

The *Howard* case was appealed to this Court on a number of grounds, including the sufficiency of the trial judge's charge on the significance of alcohol consumption in relation to planning and deliberation. The majority of this Court disposed of the appeal on another ground without reaching the issue of the trial judge's charge: *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337. L'Heureux-Dubé J., dissenting, did reach this point and adopted the position of Cory J.A. (as he then was). In this regard my colleague stated at p. 1364 that:

In pointing out to the jury that drunkenness falling short of the incapacity to form the intent to kill might negate planning and deliberation, the trial judge satisfied the main requirement defined by this Court in *R. v. Mitchell* . . .

I cannot, therefore, agree with my colleague McLachlin J. that an instruction that a lesser degree of intoxication may suffice to negate planning and deliberation than to negate the intent to kill is not essential in a judge's charge to the jury. First degree murder is, in terms of punishment, the most serious offence in the *Criminal Code*, calling for a mandatory sentence of life imprisonment without eligibility for parole until a

(C.A. Ont.), à la p. 138, que le juge du procès doit mentionner explicitement ce que je viens de souligner:

[TRADUCTION] Je suis cependant d'avis que l'exposé du savant juge du procès était incomplet parce qu'il a omis d'aviser expressément le jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention requise pour constituer un meurtre peut neutraliser la préméditation . . . [Je souligne.]

Le juge Cory de la Cour d'appel (tel était alors son titre) a répété la même chose dans l'arrêt *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.), à la p. 557:

[TRADUCTION] Il était donc nécessaire de donner au jury seulement des directives selon lesquelles la consommation de boissons alcooliques, en plus de toutes les autres circonstances devait être prise en considération pour déterminer si l'accusé avait effectivement prémédité ou non le meurtre de la victime. Le juge devait également signaler qu'un degré d'ivresse moins élevé que celui qui serait requis pour neutraliser l'intention de tuer, peut neutraliser la préméditation. [Je souligne.]

L'arrêt *Howard* a été porté en appel devant notre Cour sur divers moyens, y compris le caractère suffisant de l'exposé du juge du procès sur l'importance de la consommation de boissons alcooliques à l'égard de la préméditation. Notre Cour, à la majorité, a disposé du pourvoi sur un autre moyen sans traiter de la question de l'exposé du juge du procès: *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337. Le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, en a traité et a retenu l'opinion du juge Cory de la Cour d'appel (tel était alors son titre). À cet égard, ma collègue a affirmé ceci, à la p. 1364:

En signalant au jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation, le juge du procès a satisfait à la principale condition définie par notre Cour dans l'arrêt *R. v. Mitchell* . . .

Je ne peux donc partager l'avis de ma collègue le juge McLachlin qu'il n'est pas essentiel que le juge, dans son exposé au jury, lui signale qu'un degré d'ivresse moins élevé que celui requis pour neutraliser l'intention de tuer puisse suffire à neutraliser la préméditation. En ce qui concerne la peine, le meurtre au premier degré est l'infraction la plus grave du *Code criminel* puisque l'accusé est obligatoirement condamné à une peine d'emprison-

person has served twenty-five years of his or her sentence. It is imperative, having regard for the serious consequences of a finding by the jury that the appellant planned and deliberated on the killing of his wife, that the jury be explicitly and clearly instructed on the distinction between the effect of intoxication on intent to kill as opposed to planning and deliberation. This position was clearly stated by this Court in *Mitchell, supra*, and has since been followed by the Court of Appeal for Ontario as well as by my colleague L'Heureux-Dubé J. in her reasons in *Howard, supra*.

There is no question that in the case at bar the trial judge failed to expressly instruct the jury that planning and deliberation might be negated by drunkenness falling short of incapacity to form the intent to kill. Indeed, the majority of the Court of Appeal noted ((1988), 84 A.R. 12, at p. 17) that:

The trial judge did, not, in a succinct sentence, expressly instruct "the jury that planning and deliberation might be negated by drunkenness, falling short of incapacity to form the intent required to constitute murder" (per Martin, J.A., in *R. v. Reynolds* (1979), 44 C.C.C. (2d) 129, at p. 138).

The majority of the Court of Appeal, however, described this failure as not fatal since the trial judge's charge clearly differentiated between the degree of intoxication necessary to negate the specific intent to commit murder and that necessary to have an effect upon the ability to plan and deliberate. With respect, I cannot agree. The significant portion of the trial judge's charge on this issue reads as follows:

Obviously if a man is very intoxicated, it makes it much less likely that during the period of his intoxication, he could formulate a plan; form a calculated scheme carefully thought out, weighing and considering the nature and consequences of the scheme. And if he is very intoxicated, it is much less likely that his act is an intentional one because it is much less likely that his act is one that has been carefully thought out.

First, it seems that at one point in the passage quoted from, the trial judge equates an "intentional" act with one that is "carefully thought out" or

nement à vie sans admissibilité à la libération conditionnelle avant vingt-cinq ans. Compte tenu des graves conséquences qui découlent de la conclusion du jury que l'appelant a prémédité le meurtre de son épouse, il était impératif que le jury soit explicitement et clairement avisé de la distinction à faire entre l'effet de l'intoxication sur l'intention de tuer et son effet sur la préméditation. Notre Cour l'a clairement affirmé dans l'arrêt *Mitchell*, précité, et la Cour d'appel de l'Ontario ainsi que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs de l'arrêt *Howard*, précité, ont suivi cette voie.

Il ne fait pas de doute que, dans ses directives en l'espèce, le juge du procès a omis d'aviser expressément le jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation. En effet, la Cour d'appel, à la majorité, a souligné que ((1988), 84 A.R. 12, à la p. 17):

[TRADUCTION] Le juge du procès n'a pas dans une courte phrase avisé expressément «le jury que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention requise pour constituer un meurtre pouvait neutraliser la préméditation» (le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Reynolds* (1979), 44 C.C.C. (2d) 129, à la p. 138).

La Cour d'appel, à la majorité, a cependant dit que cette omission n'était pas fatale puisque, dans son exposé, le juge du procès avait clairement différencié le degré d'intoxication nécessaire pour neutraliser l'intention spécifique de commettre un meurtre et celui qui est nécessaire pour avoir un effet sur la capacité de le préméditer. Avec égards, je ne partage pas cet avis. La partie importante de l'exposé du juge du procès sur cette question se lit ainsi:

[TRADUCTION] Évidemment, si un homme est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable qu'il puisse, dans cet état, établir un plan; concevoir de façon soigneusement réfléchi un plan détaillé, évaluer et considérer la nature et les conséquences du plan. Et s'il est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable que son acte soit intentionnel parce qu'il est beaucoup moins vraisemblable qu'il ait soigneusement réfléchi à son acte.

Premièrement, il semble que, dans une partie de l'extrait reproduit, le juge du procès fasse équivaloir l'acte «intentionnel» et, l'acte «soigneusement

in other words, planned. Second, the charge on this point seems to be sending mixed messages to the jury. On the one hand the trial judge indicates that intoxication may make it "much less likely" that the appellant planned and deliberated. But on the other hand, the trial judge makes this comment in the context of someone that is "very intoxicated". In my view, with respect, the use of the words "very intoxicated" in connection with the effect of drunkenness on planning and deliberation may have misled the jury into believing that a lesser degree of drunkenness than that required to negative the intent to kill could not negative planning and deliberation. If this mistaken impression was left with the jury, then it can hardly be said that the trial judge's charge, absent an explicit instruction, clearly distinguished between the degree of intoxication necessary to negative intent to kill and that necessary to negative planning and deliberation. I agree with Harradence J.A. in dissent, that on the whole the trial judge's charge did not explicitly or sufficiently inform the jury of this distinction.

Therefore, I conclude that the trial judge's charge was deficient in two respects: first, he did not explicitly, as he is required, tell the jury that a lesser degree of drunkenness than is required to negative the intent to commit murder can still negative planning and deliberation, and second, his charge as a whole did not, in any event, make the distinction clear to the jury. Accordingly, I am of the view that the appellant should succeed on this ground of appeal, and I need not, as a result, pronounce upon the other alleged errors raised by the appellant.

The remaining issue is whether despite the error by the trial judge, the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, can be applied. The onus is on the Crown to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if the error did not occur: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. The error in question bore directly on the central and crucial issue in the case before the jury, namely whether impairment due to alcohol and

réfléchi» ou, en d'autres termes, prémédité. Deuxièmement, l'exposé du juge au jury sur ce point semble communiquer un message confus. D'une part, le juge du procès indique que l'état d'intoxication rend «beaucoup moins vraisemblable» la préméditation de l'appellant. Mais par ailleurs, le juge du procès fait cette observation au sujet de quelqu'un qui est «très intoxiqué». J'estime avec égards que l'emploi des mots «très intoxiqué», en ce qui concerne l'effet de l'ivresse sur la préméditation, peut avoir incité le jury à penser, à tort, qu'un degré d'ivresse moins élevé que celui requis pour neutraliser l'intention de tuer ne pouvait pas neutraliser la préméditation. Si cette fausse perception a été donnée au jury, on peut alors difficilement affirmer que le juge du procès a, en l'absence de toute directive explicite, clairement différencié le degré d'intoxication nécessaire pour neutraliser l'intention de tuer et celui qui est nécessaire pour neutraliser la préméditation. Je partage l'avis du juge Harradence, dissident en Cour d'appel, que l'exposé, pris dans son ensemble, n'a pas explicitement ni suffisamment expliqué au jury cette distinction.

Par conséquent, je conclus que l'exposé du juge du procès était défectueux à deux égards: premièrement, il n'a pas dit explicitement au jury, comme il le doit, qu'un degré d'intoxication moins élevé que ce qui est nécessaire pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre peut tout de même neutraliser la préméditation; deuxièmement, son exposé, pris comme un tout, n'a pas établi clairement la distinction pour le jury. Par conséquent, je suis d'avis que l'appellant devrait avoir gain de cause sur ce moyen d'appel et je n'ai donc pas à me prononcer sur les autres erreurs qui, selon l'appellant, auraient été commises.

Il reste à déterminer si, malgré l'erreur du juge du procès, les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, peuvent s'appliquer. Il appartient au ministère public de convaincre la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même s'il n'y avait pas eu d'erreur: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. L'erreur en question portait directement sur la question capitale et cruciale à laquelle devait répondre le jury, c'est-à-dire si l'affaiblissement

drugs affected the ability of the appellant to plan and deliberate on the killing of his wife. There was conflicting evidence before the jury as to the level of the appellant's intoxication, but at least two witnesses, a Mr. Dumont and a Mr. Hudyma, testified that the appellant was drunk and visibly impaired about an hour before the killing. There was also uncorroborated testimony from the appellant that he took depressant drugs which could have magnified the effect of the alcohol. In this context I am not convinced that the jury would have necessarily returned a verdict of first degree murder had there not been the error regarding the failure to make clear that planning and deliberation can be negated by a lesser degree of intoxication than that required to negate the intent to commit murder. I would, therefore, allow the appeal and direct that a new trial be held. As an alternative to a new trial, the appellant asks for a substituted verdict of second degree murder. In the present case, however, I am unable to conclude that with the proper instructions a verdict of first degree murder would have been unreasonable and could not have been supported by the evidence.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the conviction for first degree murder, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Lamer and McLachlin JJ., and would respectfully dispose of this appeal in the manner proposed by Lamer J. I should, however, say that I agree with McLachlin J. that, while it is certainly the better course to follow, there is no hard and fast rule that the trial judge must always give explicit instructions clearly distinguishing between the degree of intoxication necessary to negate intent to kill and that necessary to negate planning and deliberation. The charge must be read as a whole. In the present case, however, the repeated use of the words “very intoxicated” in both contexts may, as Lamer J.

des facultés de l'appelant par la consommation d'alcool et de drogues l'avait empêché de préméditer le meurtre de son épouse. Le jury disposait de témoignages contradictoires quant à l'état d'intoxication de l'appelant, mais au moins deux témoins, M. Dumont et M. Hudyma, ont témoigné que l'appelant était ivre et que ses facultés étaient visiblement affaiblies une heure environ avant le meurtre. Il y a également le témoignage non corroboré de l'appelant selon lequel il avait pris des drogues dépressives qui avaient pu amplifier l'effet de l'alcool. Dans ce contexte, je ne suis pas convaincu que le jury aurait nécessairement rendu un verdict de meurtre au premier degré en l'absence de l'erreur du juge qui n'a pas établi clairement que la préméditation pouvait être neutralisée par un degré d'intoxication moins élevé que celui nécessaire pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Comme demande subsidiaire à la tenue d'un nouveau procès, l'appelant demande qu'un verdict de meurtre au deuxième degré soit rendu. Je suis cependant dans l'impossibilité de conclure en l'espèce que, si des directives appropriées avaient été données, un verdict de meurtre au premier degré aurait été déraisonnable et n'aurait pu être justifié par la preuve.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, les juges Lamer et McLachlin, et, avec égards, je trancherais le pourvoi de la façon proposée par le juge Lamer. Je dois dire cependant que je suis d'accord avec le juge McLachlin que, bien que ce soit certainement la meilleure voie à suivre, il n'existe aucune règle rigide et absolue qui oblige le juge du procès à toujours donner des directives explicites qui fassent une distinction claire entre le degré d'intoxication nécessaire pour neutraliser l'intention de tuer et celui qui est nécessaire pour neutraliser la préméditation. L'exposé doit être considéré comme un tout. En l'espèce, toutefois, l'utilisation répétée de

holds, have misled the jury. The fact that the jury sought to obtain the text of the provisions dealing with first and second degree murder does nothing to allay one's concern about that possibility.

As to the issue regarding the question posed by the jury to which I have just alluded, like the dissenting judge, Harradence J.A. in the Court of Appeal, I think, with respect, that the learned trial judge should in all the circumstances have made further enquiries to determine the precise matter of concern to the jury and clarified any confusion that might have existed regarding the distinction between first and second degree murder, an issue that went to the heart of the case.

I agree with Lamer J. that this is not a case for applying the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—This appeal raises questions as to the sufficiency of the trial judge's response to questions from the jury and the sufficiency of his charge in a trial for first degree murder.

The accused was charged with first degree murder of his wife. It is not disputed that he killed her. The only question before the jury was whether he was guilty of first degree murder, second degree murder, or manslaughter.

The accused and the deceased were married in 1978. They had a child. Before too long the marriage encountered difficulty. In May 1982 the deceased left the accused with their child and her child from a previous marriage. She returned, only to leave again with the children in March of 1983.

In April 1982, while still living with the accused, the deceased took a job as secretary with a law firm. The accused came to believe that her work and the influence of the lawyers in the office, all of

l'expression «très intoxiqué» dans les deux contextes peut avoir induit le jury en erreur, comme en conclut le juge Lamer. Le fait que le jury ait essayé d'obtenir le texte des dispositions traitant des meurtres au premier et au second degré n'aide pas à combattre les craintes à ce sujet.

Pour ce qui est de la question posée par le jury, et à laquelle je viens de faire allusion, je conclus, avec égards, comme le juge Harradence dissident en Cour d'appel, que le savant juge du procès aurait dû, étant donné l'ensemble des circonstances, prendre d'autres renseignements pour déterminer exactement ce qui préoccupait le jury et clarifier toute confusion qui pouvait exister quant à la différence entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, une question cruciale en l'espèce.

Je conclus, comme le juge Lamer, qu'il ne s'agit pas ici d'un cas d'application des dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Ce pourvoi soulève des questions quant au caractère suffisant des réponses du juge du procès à des questions posées par le jury et de son exposé dans un procès pour meurtre au premier degré.

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré de son épouse. Il n'est pas contesté qu'il l'a tuée. La seule question posée au jury était de savoir s'il était coupable de meurtre au premier degré, de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire.

L'accusé et la victime se sont mariés en 1978. Ils ont eu un enfant. Assez tôt le mariage a connu des difficultés. En mai 1982, la victime a quitté l'accusé avec leur enfant et un enfant qu'elle avait eu d'un mariage antérieur. Elle n'est revenue que pour le quitter de nouveau avec les enfants en mars 1983.

En avril 1982, alors qu'elle vivait toujours avec l'accusé, la victime avait commencé à travailler comme secrétaire dans un cabinet d'avocats. L'accusé en était venu à croire que ce travail et l'in-

whom had been raised in the same area as the deceased and had known her for some time, caused the separation. The accused apparently believed that his wife was having an affair with one of the lawyers in the firm.

Prior to the actual incident there had been a number of confrontations between the appellant and deceased during the periods of separation. Some incidents occurred near their respective residences, some at the law office and some over the phone. Some involved physical force by the appellant. There was evidence that during some of the confrontations in front of witnesses, the appellant had threatened to kill the deceased. These incidents escalated. For example, in July 1983, the appellant entered the law office with a friend and started shouting at Ron Lonsdale (one of the lawyers) until he was removed by the R.C.M.P. The police searched his car and found in the trunk a rifle and a loaded, sawed-off shotgun that had been purchased earlier that year.

On the day of the killing at around 4:20 p.m., the appellant, armed with two guns, entered the law office near closing time. He encountered two of the lawyers and asked where Lonsdale, one of the lawyers, was. He ordered the lawyers against the wall and spoke to them before turning towards the deceased, who was at her desk. The appellant exchanged words with her. The lawyers testified that the deceased was begging for her life for about a minute. The appellant was stating that the deceased couldn't take his child from him, that he wasn't going to allow her to be raised by a "slut", all the while periodically jumping back into the interior office, levelling the gun at the lawyers and telling them that if they tried to use the phones they were dead. The deceased became hysterical, pleading, "Darel, please don't do this. What do you want? What have I done?" The appellant responded to the effect that "You better plead for your life but it's all over now". Then he shot her.

fluence des avocats du bureau, qui avaient tous été élevés dans la même région que la victime et la connaissaient depuis longtemps, étaient à l'origine de la séparation. L'accusé croyait apparemment que son épouse avait une liaison avec un des avocats du bureau.

Il y avait eu plusieurs affrontements auparavant entre l'appelant et la victime au cours des périodes de séparation. Certains incidents avaient eu lieu près de leurs résidences respectives, d'autres au cabinet d'avocats et d'autres au cours de leurs conversations téléphoniques. Dans certains cas, l'appelant avait fait usage de force physique. La preuve indique qu'au cours de certains affrontements en présence de témoins l'appelant avait menacé de tuer la victime. Ces incidents se sont envenimés. Par exemple, en juillet 1983, l'appelant est entré dans le bureau d'avocats avec un ami et s'est mis à crier contre Ron Lonsdale (un des avocats) jusqu'à ce que la GRC lui fasse quitter les lieux. Les policiers ont fouillé sa voiture et trouvé dans le coffre arrière une carabine et un fusil à canon tronçonné chargé, achetés plus tôt au cours de l'année.

Le jour du meurtre, l'appelant, armé de deux fusils, est entré dans le cabinet d'avocats, vers 16 h 20, peu avant l'heure de fermeture. Il a rencontré deux avocats et leur a demandé où se trouvait Lonsdale. Il a ordonné aux avocats de se retourner contre le mur et leur a parlé avant de se retourner vers la victime qui était à son bureau. L'appelant et la victime se sont querellés. Les avocats ont témoigné que, pendant près d'une minute, la victime l'a supplié de ne pas la tuer. L'appelant disait à la victime qu'elle ne pouvait lui prendre son enfant et qu'il n'allait pas accepter que la petite soit élevée par une [TRADUCTION] «salope» et, en même temps, il faisait périodiquement des incursions vers le bureau intérieur, pointait le fusil en direction des avocats et leur déclarait que s'ils essayaient d'utiliser les téléphones, ils étaient morts. La victime était devenue hystérique et le suppliait, [TRADUCTION] «Darel, s'il te plaît, ne fais pas ça. Qu'est-ce que tu veux? Qu'est-ce que j'ai fait?» L'appelant lui a répondu [TRADUCTION] «Tu ferais mieux de plaider pour ta vie mais tout est fini maintenant». C'est alors qu'il a tiré.

After shooting his wife, the appellant shot through the door where one of the lawyers was hiding. The other lawyer bolted through a rear door into the alley and the appellant fired four or five shots after him. The appellant then fled the scene.

The appellant was arrested shortly after midnight at a bar. He did not resist arrest.

In his defence, the appellant testified that at noon on that day he took at least three Ativan tablets (a minor tranquilizer), went to a tavern in the hotel across the street from the law office, and began reading divorce papers he had received earlier that day. He had at least three double rum and cokes and some beer. He remained there until around 3:30 p.m. and then went to a party. He may have smoked some marijuana while at the party but the evidence is not clear. He returned to the hotel. At 4:00 p.m. the appellant phoned the deceased and said he wanted to talk about the access rights to his daughter. He testified that the deceased said "What makes you think you are Kimberley's father" and slammed down the phone. The appellant returned to the tavern and there is conflicting testimony as to whether he had another drink. He then proceeded across the street and entered the law office. At trial there was conflicting evidence as to whether or not the accused was intoxicated.

A forensic psychiatrist gave evidence that in his opinion the appellant suffered from a condition called delusional jealousy, also referred to as "paranoid jealousy, Othello's syndrome, pathological jealousy, morbid jealousy and psychotic jealousy". Reports of his wife's infidelity, and the restricted access to his daughter, created reactions which built and intensified with the passing of time. The psychiatrist also testified that the alcohol and Ativan impaired his judgment and control over his emotions and actions.

The jury convicted on the charge of first degree murder. The appellant appealed to the Court of Appeal raising numerous grounds. On appeal the majority and dissenting judge agreed with the

Après avoir tué son épouse, l'appelant a tiré un coup de fusil à travers la porte derrière laquelle un des avocats se cachait. L'autre avocat s'est enfui par une porte arrière dans l'allée et l'appelant a tiré quatre ou cinq coups dans sa direction. L'appelant s'est ensuite enfui des lieux.

L'appelant a été arrêté peu après minuit dans un bar. Il n'a opposé aucune résistance.

Dans sa défense, l'appelant a témoigné que ce jour-là, à midi, il avait avalé au moins trois comprimés d'Ativan (un tranquillisant léger), puis s'était rendu à la taverne d'un hôtel situé en face du cabinet d'avocats et avait commencé à lire les documents de divorce qu'il avait reçus plus tôt ce jour-là. Il a pris au moins trois double rum et coke et quelques bières. Il est resté là jusque vers 15 h 30 et s'est rendu ensuite à une fête. Il est possible qu'il ait fumé de la marijuana pendant cette fête mais la preuve n'est pas claire. Il est retourné à l'hôtel. À 16 h, l'appelant a téléphoné à la victime et lui a dit qu'il voulait discuter de ses droits de visite auprès de sa fille. Il a témoigné que la victime lui avait dit [TRADUCTION] «Qu'est-ce qui te fait croire que tu es le père de Kimberley» et qu'elle avait raccroché le téléphone. L'appelant est retourné à la taverne; la preuve est contradictoire quant à savoir s'il a pris un autre verre. Il a ensuite traversé la rue et est entré dans le cabinet d'avocats. Au procès, la preuve sur la question de savoir si l'accusé était intoxiqué était contradictoire.

Un psychiatre légiste a témoigné qu'à son avis l'appelant souffrait d'un délire de jalousie, appelé aussi [TRADUCTION] «jalousie paranoïde, syndrome d'Othello, jalousie pathologique, jalousie morbide et jalousie psychotique». Les rumeurs d'infidélité de son épouse et les droits de visite restreints auprès de sa fille avaient entraîné des réactions en chaîne qui s'étaient intensifiées avec le temps. Le psychiatre a également témoigné que l'alcool et les Ativans avaient affaibli ses facultés de jugement et de contrôle de ses émotions et de ses actes.

Le jury l'a déclaré coupable de meurtre au premier degré. L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel en invoquant plusieurs moyens. En appel, les juges de la majorité et le juge dissident

disposition of all but two grounds with the majority dismissing the appeal and the dissenting judge finding in favour of the accused: (1988), 84 A.R. 12.

I. Response to Jury's Questions

Shortly after beginning its deliberations, the jury put two questions to the judge: "Could we obtain a written explanation of what constitutes first and second degree murder?" and "Is it possible to get a complete transcript of the testimony of all witnesses?" The trial judge responded to the first question as follows:

Ladies and gentlemen, the first question which you have caused to be delivered to me is this: "Could we obtain a written explanation of what constitutes first and second degree murder?" My job is to explain to you what the law is. I hope that I've done a good job of doing that. It is not customary for the judge then to deliver a written explanation. To do that would mean sitting down for a period of time and resuming this trial again next week. Your deliberations would have to continue meanwhile, and that might take quite some time. So I've given you an explanation; one of the two counsel also gave a very clear explanation of the difference between first and second degree murder, and I hope that will be sufficient for you. You are, of course, at liberty, at any time, to come back and ask for a further explanation.

(There is no issue on the second question.)

The parties differ in their characterization of the question. The appellant says that the question should be regarded generally as a request from the jury for more instruction on the distinction between first and second degree murder, calling for further clarification by the trial judge on this question. At very least, the appellant submits, the trial judge should have asked the jury if they desired further instructions. The Crown, on the other hand, says the question meant just what it said, namely that the jury wanted written as opposed to oral instruction on the matter, in which case the trial judge's response was appropriate, given the concession of the appellant that the

étaient d'accord sur la manière de disposer de tous les moyens sauf deux, les juges de la majorité rejetant l'appel et le juge dissident concluant en faveur de l'accusé: (1988), 84 A.R. 12.

^a I. Les réponses aux questions du jury

^b Peu de temps après avoir entrepris ses délibérations, le jury a posé deux questions au juge: [TRA-DUCTION] «Pourrions-nous avoir une explication par écrit de ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré?» et [TRA-DUCTION] «Est-il possible d'avoir une transcription complète des témoignages de tous les témoins?» Le ^c juge du procès a répondu à la première question de la façon suivante:

[TRADUCTION] Mesdames et Messieurs, la première question que vous m'avez fait transmettre est la suivante: «Pourrions-nous avoir une explication par écrit de ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré?» Mon rôle est de vous expliquer ce qu'est le droit. J'espère que je m'en suis bien acquitté. Habituellement, un juge ne transmet pas d'explications par écrit. Il faudrait un certain temps ^e pour le faire et reprendre la semaine prochaine. Vos délibérations devraient se poursuivre dans l'intervalle et cela pourrait prendre un certain temps. Or, je vous ai donné une explication; l'un des deux avocats vous a également donné une explication très claire de la différence entre un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré et j'espère que cela vous suffira. Il vous est évidemment loisible de revenir à n'importe quel moment pour obtenir de plus amples explications.

^g (La deuxième question ne donne pas lieu à contestation.)

^h Les parties ne qualifient pas la question de la même façon. L'appellant affirme qu'il faut la considérer dans son ensemble, comme une demande du jury au juge afin d'obtenir des directives supplémentaires sur la distinction entre un meurtre au premier et au deuxième degré et d'autres éclaircissements sur cette question. L'appellant soutient que ⁱ le juge du procès aurait dû au moins demander au jury s'il voulait d'autres directives. Par ailleurs, le ministère public affirme qu'en posant la question le jury voulait tout simplement avoir des directives écrites plutôt que des directives verbales sur la distinction et que, dans ce cas, le juge du procès avait répondu de façon appropriée étant donné que

decision as to whether to give a written answer was within his discretion.

In my view, there is no reason to extend the jury's question beyond what was actually asked for—a written explanation. While the trial judge declined that request, he invited the jury to pose further questions if they felt they needed to do so, telling them they could at any time "come back and ask for a further explanation." The fact that the jury did not come back and ask for a further explanation negates the suggestion of the appellant that they did not understand the distinction between first and second degree murder. The fact that the jury asked for the explanation in writing does not suggest that they did not understand the distinction which had been put to them. They were at the beginning of their deliberations and may have simply concluded that it would be more convenient for each juror to have a written copy of the instructions before him.

The trial judge is likely to have a better appreciation than an appellate court of the sense of a jury's questions and what is really being sought and what is required. Where the trial judge adequately responds to what, on a reasonable construction, appears to be the jury's concern, an appellate court should be slow to say he erred.

The reference to counsel in the judge's answer was also criticized. I cannot think that anything turned on this, and would reject this submission.

II. Adequacy of the Charge to the Jury

The intoxication of the accused was relevant to two issues before the jury. First, it was relevant to the question of whether he had the capacity to form the intent to commit murder. If not he could stand convicted only of manslaughter. Second, it was relevant to whether he had the capacity to form and carry through a plan to commit murder required for a conviction for first degree.

l'appelant a reconnu que la décision de donner une réponse écrite relevait du pouvoir discrétionnaire du juge.

À mon avis, rien ne justifie d'accorder une portée plus étendue à ce que le jury voulait réellement obtenir—une explication écrite. Bien que le juge du procès ait refusé d'accéder à cette demande, il a invité le jury à poser d'autres questions s'il le jugeait nécessaire, lui disant qu'il pouvait «revenir à n'importe quel moment pour obtenir de plus amples explications». Puisque le jury n'est pas revenu et n'a pas demandé d'autres explications il faut rejeter la prétention de l'appelant que le jury n'a pas compris la distinction entre un meurtre au premier et au deuxième degré. Le fait que les jurés ont demandé des explications écrites ne signifie pas qu'ils n'ont pas compris la distinction qui leur avait été exposée. Ils venaient de commencer à délibérer et ils ont pu simplement conclure qu'il serait préférable que chaque juré ait devant lui des directives écrites.

Le juge du procès est vraisemblablement mieux placé qu'une cour d'appel pour apprécier le sens de la question d'un jury, ce qui est réellement demandé et ce qui est requis. Lorsque le juge du procès répond adéquatement à ce qui paraît raisonnablement constituer une préoccupation du jury, une cour d'appel devrait hésiter à affirmer qu'il a commis une erreur.

On a également critiqué le fait que le juge ait fait mention des avocats dans sa réponse. Je ne vois pas quelle incidence cela pourrait avoir et je suis d'avis de rejeter cet argument.

II. Le caractère adéquat de l'exposé au jury

L'état d'intoxication de l'accusé était pertinent à l'égard de deux questions soumises au jury. Premièrement, il était pertinent pour déterminer si l'appelant était capable de former l'intention de commettre un meurtre. Dans la négative, il ne pouvait être déclaré coupable que d'homicide involontaire. Deuxièmement, il était pertinent pour déterminer si l'appelant était capable de concevoir et d'exécuter le projet de commettre un meurtre, ce qui est requis pour une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

The trial judge charged the jury fully and flawlessly with respect to the relationship of inebriation to the question of whether the accused had the necessary intent to support a charge for murder.

He then went on to charge the jury with respect to the distinction between murder in the first degree and murder in the second degree. He stated:

In considering whether the murder was planned and deliberate, you should consider all the circumstances—not only the accused's action but also the evidence of his condition; his state of mind as affected by real or imagined insults and by real or imagined provoking actions of the victim; and his consumption of alcohol . . .

One of the elements I have just mentioned is the question of drunkenness. What I have said to you before applies here as well. Before, my discussion of the evidence of drunkenness applied to the question of whether the accused had either of the intents which is necessary for the accused to be found guilty of murder. Now, the same evidence should be considered by you again at this stage if you reach this stage. That is, if you conclude that there was murder and you're deciding whether it's first degree or second degree murder. In deciding whether the killing was planned and deliberate, you will take into account the evidence that I have summarized and any other evidence that I have missed on the question of the state of intoxication of the accused at the time of the killing. Obviously, if a man is very intoxicated, it makes it much less likely that during the period of his intoxication, he could formulate a plan; form a calculated scheme carefully thought out, weighing and considering the nature and consequences of the scheme. And if he is very intoxicated, it is much less likely that his act is an intentional one because it is much less likely that his act is one that has been carefully thought out. It is more likely that his act is hasty or rash. Putting it another way, it is less likely that he has taken time to weigh the advantages and disadvantages of his intended action. You will wish to consider the evidence of drunkenness in that regard.

If you are satisfied that—if you're satisfied beyond a reasonable doubt that he was not drunk; that he was not intoxicated, then it's an element which will not impede a conclusion that the killing was planned and deliberate. On the other hand, if you are satisfied that he was very intoxicated, that will form a major impediment to your concluding that the killing was planned and deliberate unless you conclude that at some earlier time when he

L'exposé du juge au jury sur le rapport entre l'état d'ébriété et la question de savoir si l'accusé avait l'intention nécessaire pour justifier une accusation de meurtre était complet et ne comportait aucune erreur.

Il a ensuite poursuivi son exposé au jury sur la distinction entre un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le meurtre était prémédité, vous devriez examiner toutes les circonstances—pas seulement les actes de l'accusé mais également la preuve de son état; son état d'esprit, influencé par des insultes réelles ou imaginaires, des provocations réelles ou imaginaires de la victime et sa consommation d'alcool . . .

L'un des éléments que je viens tout juste de mentionner concerne l'ivresse. Ce que je vous ai dit auparavant s'applique ici également. Avant, mon analyse de la preuve de l'état d'ivresse portait sur la question de savoir si l'accusé avait l'une des intentions nécessaires pour être coupable de meurtre. Maintenant, vous devriez examiner la même preuve encore une fois à cette étape, si vous y parvenez. C'est-à-dire, si vous concluez qu'il y a eu meurtre et que vous devez décider s'il s'agit d'un meurtre au premier ou au deuxième degré. Pour décider si le meurtre était prémédité, vous tiendrez compte de la preuve que j'ai résumée et de tout autre élément de preuve que j'ai omis sur la question de l'état d'intoxication de l'accusé au moment du crime. Évidemment, si un homme est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable qu'il puisse, dans cet état, établir un plan; concevoir de façon soigneusement réfléchi un plan détaillé, évaluer et considérer la nature et les conséquences du plan. Et s'il est très intoxiqué, il est beaucoup moins vraisemblable que son acte soit intentionnel parce qu'il est beaucoup moins vraisemblable qu'il ait soigneusement réfléchi à son acte. Il est plus vraisemblable que son action soit irréfléchie ou précipitée. En d'autres termes, il est moins probable qu'il ait pris le temps d'évaluer les avantages et les inconvénients de l'action envisagée. C'est ainsi que vous allez examiner la preuve relative à l'ivresse.

Si vous êtes convaincus que—si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il n'était pas ivre; qu'il n'était pas intoxiqué, alors c'est un élément qui ne vous empêchera pas de conclure que le meurtre était prémédité. Par contre, si vous êtes convaincus qu'il était très intoxiqué, cela constituera un obstacle majeur à la conclusion que le meurtre était prémédité à moins de conclure qu'à une époque antérieure, alors qu'il était sobre,

was sober, he worked out a plan and deliberately decided what he was going to do in the sense in which I have used those words.

Finally, at the end of his charge the trial judge summarized the charge on planning and deliberation as follows:

... in deciding this question, you will take into account all the circumstances including his drunkenness; his delusional jealousy and its effect upon his mind as testified to by Dr. Brooks; and the events that preceded that day as well as the events of that day.

The appellant says this charge was deficient because it failed to make a direct comparison between the effect of intoxication on the issue of intent and its effect on the issue of capacity to form and carry out the plan required for a conviction of first degree murder.

The leading decision on point is *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471, where this Court held that the issue of drunkenness when considering intent to kill should be treated differently when considering planning and deliberation. Spence J. stated at pp. 475-76:

... I believe some such procedure is necessary to illustrate to the jury the absolute necessity of considering the evidence firstly upon the issue of intent and the ameliorating provision as to provocation and then again, only if they find against the accused on the first issue, upon the issue of planning and deliberation. I adopt upon this latter issue the statement of Tysoe J.A. in his reasons:

Our concern is with quite a different matter, namely, the effect of the drinking of the appellant and of the deceased's provocative conduct on the mind and mental processes of the appellant in his then condition in relation to the issue of planning and deliberation on his part.

Spence J. went on at p. 477 to adopt the following statement of Whittaker J.A. from the court below:

The learned Judge was, of course, dealing with drunkenness as a defence to murder generally, but it was not anywhere suggested in the charge that the jury might consider the evidence of drink as showing that appel-

il avait conçu un plan et décidé délibérément ce qu'il allait faire, selon le sens dans lequel j'ai employé ces mots.

Finale­ment, à la fin de son exposé, le juge du procès a résumé ce qu'il avait dit sur la préméditation de la façon suivante:

[TRADUCTION] ... pour décider cette question, vous tiendrez compte de toutes les circonstances, y compris son état d'ivresse; son délire de jalousie et ses effets sur son esprit comme en a témoigné le Dr Brooks; et les événements qui ont précédé ce jour ainsi que les événements de ce jour.

L'appelant affirme que cet exposé est défec­tueux parce que le juge n'a pas fait de comparaison directe entre l'effet de l'intoxication sur la question de l'intention et son effet sur la question de la capacité de concevoir et d'exécuter un plan, nécessaire pour une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

L'arrêt de principe sur cette question est l'arrêt *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471, dans lequel notre Cour a conclu que la question de l'ivresse doit être traitée différemment selon que l'on examine l'intention de tuer ou la question de la préméditation. Le juge Spence a affirmé, aux pp. 475 et 476:

[TRADUCTION] ... j'estime que cette façon de procéder est nécessaire pour démontrer au jury la nécessité absolue d'examiner la preuve d'abord quant à la question de l'intention et de la disposition supplémentaire relative à la provocation, et ensuite, mais seulement s'il rend une décision contre l'accusé sur la première question, quant à la question de la préméditation. Sur ce dernier point, je fais mienne l'affirmation du juge Tysoe de la Cour d'appel dans ses motifs:

Notre préoccupation porte sur une question fort différente, savoir l'effet de l'ébriété de l'appelant et des provocations de la victime sur l'état d'esprit et le processus mental de l'appelant dans l'état où il était alors, quant à la question de la préméditation de sa part.

Le juge Spence, à la p. 477, a adopté l'affirmation suivante du juge Whittaker de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès traitait évidemment de l'ivresse comme moyen de défense à une accusation de meurtre en général, mais il n'a jamais laissé entendre dans l'exposé que le jury pouvait considé-

lant's passions had been inflamed by alcohol and, therefore, having a bearing on the important element of deliberation and as a defence reducing capital murder to non-capital. Nor was it pointed out that deliberation might be negated by drunkenness falling short of incapacity to form the intent to kill, if the jury thought such a finding supported by the evidence.

Mitchell makes it clear that the judge must instruct the jury to consider the issue of intoxication separately when considering planning and deliberation. The dispute in this case arises from the fact that the last sentence in the quotation has been relied on in several courts as establishing a rule that, in addition to instructing the jury that it must consider intoxication with respect to planning and deliberation separately from intoxication with respect to intent, the judge must in all cases instruct the jury that a lesser degree of drunkenness may negative planning and deliberation: see *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.), at p. 557; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129 (Ont. C.A.), at p. 138.

I do not think that the language of *Mitchell* should be taken as laying down as an absolute rule that a judge must expressly instruct the jury that a lesser degree of intoxication may suffice to establish incapacity to formulate or carry out a plan to murder than to negative intent to kill. Such an instruction is certainly not wrong, and indeed may be helpful. But I cannot conclude that its omission alone suffices to vitiate a charge which, as a whole, makes clear the requirement that the jury direct its attention to the critical question of whether the accused was too intoxicated to be capable of formulating or carrying out a plan to murder.

The judge was obliged to instruct the jury on the legal requirements for first degree murder. He was required to explain to the jury what is required for a finding that the murder was planned and deliberate. He was obliged to tell them that in determining whether those requirements were met they should consider the accused's intoxication, and

rer la preuve de l'ivresse comme démontrant que les passions de l'appelant avaient été exacerbées par l'alcool et, par conséquent, comme ayant une incidence sur l'élément important de la préméditation, ni comme moyen de défense permettant de réduire l'accusation de meurtre qualifié à celle de meurtre non qualifié. On n'a pas dit non plus que l'état d'ivresse qui ne va pas jusqu'à l'incapacité de former l'intention de tuer pouvait neutraliser la préméditation, si le jury estimait que cette conclusion était justifiée par la preuve.

L'arrêt *Mitchell* établit clairement que le juge doit dire au jury d'examiner la question de l'intoxication séparément lorsqu'il examine l'élément de la préméditation. En l'espèce, le litige provient du fait que plusieurs tribunaux se sont appuyés sur la dernière phrase de l'extrait cité pour affirmer qu'elle établissait une règle selon laquelle, en plus de dire au jury qu'il doit examiner l'intoxication relativement à la préméditation séparément de l'intoxication relativement à l'intention, le juge doit, dans tous les cas, aviser le jury qu'un degré d'ivresse moins élevé peut neutraliser la préméditation: voir les arrêts *R. v. Howard* (1986), 29 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.), à la p. 557; *R. v. Reynolds* (1978), 44 C.C.C. (2d) 129 (C.A. Ont.), à la p. 138.

Je ne crois pas que l'arrêt *Mitchell*, par sa formulation, ait établi la règle absolue qu'un juge doit expressément aviser le jury qu'un degré d'intoxication moins élevé que celui requis pour neutraliser l'intention de tuer peut suffire à établir l'incapacité de l'accusé de concevoir ou d'exécuter un projet de meurtre. Une telle directive n'est certainement pas mauvaise et peut d'ailleurs être utile. Mais je ne peux conclure que son absence suffise à elle seule pour invalider tout un exposé qui, pris dans son ensemble, indique clairement la nécessité pour le jury de diriger son attention sur la question cruciale de savoir si l'accusé était trop intoxiqué pour être capable de concevoir et mettre à exécution un projet de meurtre.

Dans ses directives, le juge était obligé d'expliquer au jury les conditions applicables en droit au meurtre au premier degré. Il devait lui expliquer ce qui est nécessaire pour conclure que le meurtre était prémédité. Il devait lui dire que pour déterminer si ces conditions étaient présentes le jury devait examiner l'état d'intoxication de l'accusé et que

that this consideration is separate and distinct from consideration of his intoxication with respect to the capacity to form an intent to murder. Those are the essential legal instructions. The degree of drunkenness required to negate capacity to formulate and carry out a plan is a question of fact for the jury. In deciding this question the jury will take into account the complexity of the plan and the degree of intoxication demonstrated by the evidence. It is evident to anyone who directs his mind to the matter that the degree of intoxication required to negate capacity to plan and execute a murder may be less than the degree required to negate intent to kill. While it might be useful to tell the jury this expressly, failure to do so is insufficient to vitiate the charge, the matter being one of fact rather than law and one with which the jury is quite capable of dealing, provided it has been properly instructed on the legal elements I have mentioned as well as the facts.

The appellant also criticises some of the wording used by the judge in the passage quoted. I share the view that it would have been better if the trial judge had not used the phrase "very intoxicated" in discussing the capacity to formulate and carry out a plan to murder. On the other hand, it is probably true that while the degree of intoxication necessary to negate the capacity to plan and act on a plan is less than that required to negate intention to kill, in both cases the degree required is relatively high. In any event, the phrase was not used in the sense of a legal requirement, but more by way of example. In these circumstances, and considering the phrase in the context of the entire charge on this issue, I cannot conclude that it was capable of having misled the jury.

I conclude that the trial judge's charge, read as a whole, leaves no doubt but that the jury were given the essential instructions on the law and on the facts and that they were in a position to properly assess the relationship between the appellant's intoxication and his ability to formulate and carry through a plan for murder.

cet examen est séparé et distinct de l'examen de son intoxication relativement à la capacité de former l'intention de commettre un meurtre. Ce sont là les directives essentielles en droit. Le degré d'ivresse requis pour neutraliser la capacité de concevoir et d'exécuter un plan est une question de fait laissée à l'appréciation du jury. Pour se prononcer sur cette question, le jury tiendra compte de la complexité du plan et du degré d'intoxication établi par la preuve. Il est évident pour quiconque examine la question que le degré d'intoxication requis pour neutraliser la capacité de concevoir et d'exécuter un meurtre peut être moins élevé que le degré requis pour neutraliser l'intention de tuer. Bien qu'il puisse être utile de le dire expressément au jury, l'omission de le faire ne suffit pas pour invalider l'exposé puisqu'il s'agit d'une question de fait et non de droit que le jury est tout à fait capable d'apprécier pourvu qu'il ait reçu des directives appropriées sur les éléments en droit que j'ai mentionnés et sur les faits.

L'appelant critique également certains des termes utilisés par le juge dans l'extrait reproduit. Je partage l'avis qu'il aurait été préférable que le juge du procès n'ait pas utilisé l'expression «très intoxiqué» dans l'examen de la capacité de concevoir et d'exécuter le projet de meurtre. Par ailleurs, il est probablement vrai que, bien que le degré d'intoxication nécessaire pour neutraliser la capacité de concevoir un plan et de l'exécuter soit moins élevé que le degré requis pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre, le degré requis est dans les deux cas relativement élevé. Quoi qu'il en soit, l'expression n'a pas été utilisée dans le sens d'une condition en droit, mais davantage à titre d'exemple. Dans ces circonstances, si je considère la phrase dans le contexte de l'ensemble de l'exposé sur cette question, je ne peux conclure qu'elle a pu induire le jury en erreur.

Je conclus que l'exposé du juge du procès, examiné dans son ensemble, établit sans aucun doute que le jury a reçu les directives essentielles sur le droit et sur les faits et qu'il était en mesure d'évaluer adéquatement le rapport entre l'intoxication de l'appelant et sa capacité de concevoir et d'exécuter un projet de meurtre.

Conclusion

I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and
MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle,
Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General
for Alberta, Edmonton.*

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ
a et MCLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle,
Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de
b l'Alberta, Edmonton.*

Terry Michael Bolianatz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BOLIANATZ

File No.: 20794.

1990: April 24.

Present: Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Proof beyond a reasonable doubt — Accused identified “unequivocally” by victim — Trial judge not left in state of doubt by evidence of victim identifying the accused — Adverse inference not drawn by accused’s failure to call alibi witnesses.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 304, 3 W.C.B. (2d) 179, dismissing an appeal from conviction by Wong Co. Ct. J. Appeal dismissed.

S. Goldberg, for the appellant.

William Ehrcke, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER J.—The judgment of the Court will be delivered by Justice Sopinka.

SOPINKA J.—Although we agree with the submission that some of the language used in the trial judge’s reasons was not apt, nonetheless we are all of the opinion that in accepting the evidence of the complainant, Hodges, “with respect to identification unequivocally,” the trial judge found that the evidence of the accused did not leave him in a state of doubt and therefore the charge was proved by the prosecution beyond a reasonable doubt.

Further, we are satisfied that the trial judge did not draw an adverse inference from the fact that the appellant did not call named alibi witnesses.

Terry Michael Bolianatz *Appellant*

c.

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

N° du greffe: 20794.

1990: 24 avril.

^b Présents: Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

^c *Droit criminel — Preuve — Preuve hors de tout doute raisonnable — Accusé identifié «sans équivoque» par la victime — Le juge du procès n'était pas laissé dans le doute par la preuve de la victime identifiant l'accusé — Il n'a pas été tiré de conclusion défavorable du fait que l'accusé n'a pas cité de témoins pouvant fournir un alibi.*

^e POURVOI contre un appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 304, 3 W.C.B. (2d) 179, rejetant un appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Wong de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

S. Goldberg, pour l'appellant.

^f *William Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE LAMER—L'arrêt de la Cour sera rendu par le juge Sopinka.

^h LE JUGE SOPINKA—Bien que nous soyons d'accord avec l'argument portant qu'une partie des termes employés dans les motifs du juge du procès n'était pas appropriée, nous sommes néanmoins tous d'avis qu'en acceptant le témoignage du plaignant Hodges [TRADUCTION] «à l'égard de l'identification sans équivoque», le juge du procès a conclu que le témoignage de l'accusé ne le laissait pas dans le doute et que, par conséquent, le ministère public avait fait la preuve de l'accusation hors de tout doute raisonnable.

^j De plus, nous sommes convaincus que le juge du procès n'a pas tiré une conclusion défavorable du fait que l'appellant n'a pas cité comme témoins les

By reason of the use of the word “nevertheless”, it is not possible to conclude that such an inference was drawn. It is, therefore, not necessary to decide whether, in the circumstances, the trial judge would have been entitled to draw such an inference.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

personnes qu’il avait désignées pour fournir un alibi. En raison de l’emploi du mot [TRADUCTION] «néanmoins» (*nevertheless*), il n’est pas possible de conclure qu’il a tiré une telle conclusion. Il n’est donc pas nécessaire de décider si, dans les circonstances, le juge du procès aurait été fondé à tirer une telle conclusion.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l’intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Wes Suren *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SUREN

File No.: 21558.

1990: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge failed to properly instruct the jury on the principle of reasonable doubt.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [previously s. 613(1)(b)(iii)].

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 60 Man. R. (2d) 168, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed.

Hersh E. Wolch, Q.C., for the appellant.

Brian R. Kaplan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

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

CORY J.—The trial of this action took but little time. The evidence was completed within one day. The addresses of counsel and the charge to the jury were finished by 11:20 in the morning of the second day.

It is submitted that the charge was in error in that the trial judge failed to properly instruct the jury on the principle of reasonable doubt.

The charge may not have been perfect. Nevertheless, the trial judge did frequently (at least ten times) and correctly charge the jury that the onus

Wes Suren *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. SUREN

N° du greffe: 21558.

1990: 25 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^c *Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il omis de donner des directives appropriées au jury sur le principe du doute raisonnable?*

^d **Lois et règlements cités**

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [auparavant art. 613(1)(b)(iii)].

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 60 Man. R. (2d) 168, rejetant l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

^f *Hersh E. Wolch, c.r.*, pour l'appelant.

Brian R. Kaplan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE LA FOREST—Le jugement de la Cour sera prononcé par le juge Cory.

^h LE JUGE CORY—Le procès dans la présente affaire a pris peu de temps. La preuve a été faite en une seule journée. Les exposés des avocats et les directives au jury étaient terminés à 11 h 20 le deuxième jour.

ⁱ On soutient que les directives sont erronées parce que le juge du procès n'a pas donné d'instructions adéquates au jury sur le principe du doute raisonnable.

^j Il se peut que les directives ne soient pas parfaites. Toutefois, le juge du procès a expliqué fréquemment (dix fois au moins) et correctement au

was upon the Crown to prove the offence charged and every aspect of that offence beyond a reasonable doubt. That submission therefore must fail.

It follows that the issue as to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not arise, and need not be considered.

In the result the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfied, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

jury qu'il appartenait au ministère public de faire la preuve hors de tout doute raisonnable de l'infraction reprochée et de tous les aspects de cette infraction. Cet argument doit donc échouer.

^a La question relative à l'al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne se pose donc pas et n'a pas à être examinée.

^b En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfied, Winnipeg.

^c *Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

**The Attorney General of the province of
Quebec Appellant**

v.

**Les Publications Photo-Police Incorporée,
Guy Bourdon and Michel Lecomte
Respondents**

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.
PUBLICATIONS PHOTO-POLICE INC.

File No.: 21046.

1990: April 27.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier,
Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Criminal law — Contempt of court — Failure to
comply with order restricting publication — Jurisdic-
tion of Superior Court.*

Cases Cited

Applied: *R. v. Vermette*, [1987] 1 S.C.R. 577.

APPEALS from a judgment of the Quebec
Court of Appeal, [1988] R.L. 664, 16 Q.A.C. 116,
42 C.C.C. (3d) 220, allowing respondents' appeal
from a judgment of the Superior Court finding
respondents guilty of contempt of court. Appeals
allowed.

Ginette Kirouac, for the appellant.

No one appeared for the respondents.

English version of the judgment of the Court
delivered orally by

LAMER J.—We are all of the view, for the
reasons given in this Court's decision in *R. v.*
Vermette, [1987] 1 S.C.R. 577, that these appeals
should be allowed and the convictions handed
down by the Superior Court judge restored.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Ginette Kirouac,
Montréal.*

**Le procureur général de la province de
Québec Appellant**

c.

**^a Les Publications Photo-Police Incorporée,
Guy Bourdon et Michel Lecomte Intimés**

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
^b PUBLICATIONS PHOTO-POLICE INC.

N° du greffe: 21046.

1990: 27 avril.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Sopinka,
^c Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit criminel — Outrage au tribunal — Transgres-
sion d'une ordonnance de non-publication — Compé-
tence de la Cour supérieure.*

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577.

^e POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel
du Québec, [1988] R.L. 664, 16 Q.A.C. 116, 42
C.C.C. (3d) 220, qui a accueilli l'appel des intimés
à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure,
^f qui avait déclaré les intimés coupables d'outrage
au tribunal. Pourvois accueillis.

Ginette Kirouac, pour l'appellant.

^g Personne n'a comparu pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement
par

^h LE JUGE LAMER—Nous sommes tous d'avis, et
ce, pour les raisons énoncées dans l'arrêt de notre
Cour *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577, d'ac-
cueillir ces pourvois et de rétablir les condamna-
tions prononcées par le juge de la Cour supérieure.

ⁱ *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appellant: Ginette Kirouac,
Montréal.*

Angelique Lyn Lavallee *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAVALLEE

File No.: 21022.

1989: October 31; 1990: May 3.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2)(a), (b).

Criminal law — Battered women — Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse — Defence of self-defence — Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman — Assessment based in part on inadmissible evidence — Whether or not expert evidence admissible — Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate.

Appellant, a battered woman in a volatile common law relationship, killed her partner late one night by shooting him in the back of the head as he left her room. The shooting occurred after an argument where the appellant had been physically abused and was fearful for her life after being taunted with the threat that either she kill him or he would get her. She had frequently been a victim of his physical abuse and had concocted excuses to explain her injuries to medical staff on those occasions. A psychiatrist with extensive professional experience in the treatment of battered wives prepared a psychiatric assessment of the appellant which was used in support of her defence of self-defence. He explained her ongoing terror, her inability to escape the relationship despite the violence and the continuing pattern of abuse which put her life in danger. He testified that in his opinion the appellant's shooting of the deceased the

Angelique Lyn Lavallee *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAVALLEE

N° du greffe: 21022.

1989: 31 octobre; 1990: 3 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Preuve — Admissibilité — Témoignage d'expert — Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation *psychiatrique d'une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d'expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives* *suffisantes relativement au témoignage d'expert? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2)a, b).*

Droit criminel — Femmes battues — Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint — Moyen de défense de légitime défense — Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d'une femme battue — Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles — Le témoignage d'expert est-il admissible? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d'expert?

L'appelante, une femme battue qui se trouvait dans une union de fait instable, a tué son conjoint de fait, tard une nuit, en tirant sur lui et en l'atteignant à la partie postérieure de la tête, alors qu'il quittait sa chambre. L'incident a eu lieu à la suite d'une dispute au cours de laquelle l'appelante avait été maltraitée physiquement et craignait pour sa vie parce que son conjoint de fait l'avait menacée de la tuer si elle ne le tuait pas en premier. Elle avait souvent été victime de sa violence et, à ces occasions, avait inventé des excuses pour expliquer ses blessures au personnel médical. Un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues a fait une évaluation psychiatrique de l'appelante qui a été utilisée à l'appui de la légitime défense. Il a expliqué la terreur constante de l'appelante, son incapacité de s'échapper malgré la violence de sa situation et les mauvais traitements systématiques et

final desperate act of a woman who sincerely believed that she would be killed that night. In the course of his testimony, he related many things told to him by the appellant for which there was no admissible evidence. She did not testify at the trial. The jury acquitted the appellant but its verdict was overturned by a majority of the Manitoba Court of Appeal.

The issues before this Court were whether the evidence of the psychiatrist should have been before the court at all and whether, if it should, the trial judge's instructions with respect to it were adequate.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin J.J.: Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person. It is difficult for the lay person to comprehend the battered wife syndrome. It is commonly thought that battered women are not really beaten as badly as they claim, otherwise they would have left the relationship. Alternatively, some believe that women enjoy being beaten, that they have a masochistic strain in them. Each of these stereotypes may adversely affect consideration of a battered woman's claim to have acted in self-defence in killing her partner. Expert evidence can assist the jury in dispelling these myths.

Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger from her partner may go to the issue of whether she "reasonably apprehended" death or grievous bodily harm on a particular occasion. Expert testimony pertaining to why an accused remained in the battering relationship may be relevant in assessing the nature and extent of the alleged abuse. By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

Expert evidence does not and cannot usurp the jury's function of deciding whether, *in fact*, the accused's perceptions and actions were reasonable. But fairness

continus qui mettaient sa vie en danger. Dans son témoignage, il a expliqué qu'à son avis, le fait pour l'appelante de tirer sur son conjoint de fait était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là. Dans sa déposition, il a relaté bien des choses que lui avait racontées l'appelante, à l'égard desquelles il n'y avait aucun élément de preuve admissible. Elle n'a pas témoigné au procès. Le jury a acquitté l'appelante, mais son verdict a été annulé par la Cour d'appel du Manitoba à la majorité.

La Cour est saisie des questions de savoir si le témoignage du psychiatre aurait dû être soumis ou non à la cour et, dans l'affirmative, si les directives du juge du procès au jury relativement à ce témoignage d'expert étaient suffisantes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. On croit communément que les femmes battues ne sont pas vraiment battues aussi sévèrement qu'elles le prétendent, sinon elles auraient mis fin à la relation. Certains estiment d'autre part que les femmes aiment être battues, qu'elles ont des tendances masochistes. Chacun de ces stéréotypes peut jouer défavorablement dans l'examen de l'allégation d'une femme battue qu'elle a agi en légitime défense quand elle a tué son partenaire. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.

Le témoignage d'expert concernant la capacité d'une accusée de percevoir un danger présenté par son partenaire peut être pertinent relativement à la question de savoir si elle avait des «motifs raisonnables pour appréhender» la mort ou quelque lésion corporelle grave à une occasion déterminée. Le témoignage d'expert touchant la question de savoir pourquoi une accusée est restée dans sa situation de femme battue peut être pertinent pour apprécier la nature et le degré de la violence qui lui aurait été infligée. En expliquant pourquoi une accusée ne s'est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d'expert peut en outre aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa conviction que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

La preuve d'expert n'enlève pas au jury, ni ne peut lui enlever, sa tâche de décider si, *en fait*, les perceptions et les actes de l'accusée étaient raisonnables. Mais, dans

and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear that opinion.

Here, there was ample evidence on which the trial judge could conclude, apart from the psychiatrist's evidence, that the appellant was battered repeatedly and brutally by the deceased over the course of their relationship. The expert testimony was properly admitted in order to assist the jury in determining whether the appellant had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and believed on reasonable grounds that she had no alternative but to shoot. Each of the specific facts underlying the expert's opinion need not be proven in evidence before any weight could be given to it. As long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

Per Sopinka J.: The very special facts in *R. v. Abbey*, and the decision required on those facts, have contributed to the development of a principle concerning the admissibility and weight of expert opinion evidence that is self-contradictory: an expert opinion relevant in the abstract to a material issue in a trial but based entirely on unproven hearsay is admissible but entitled to no weight whatsoever. Such an opinion, however, is irrelevant and therefore inadmissible. A practical distinction exists between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise, as in consultation with colleagues, and evidence that an expert obtains from a party to litigation touching a matter directly in issue. Where the information upon which an expert forms his or her opinion comes from a party to the litigation, or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will have a direct effect on the weight to be given to the opinion. Where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. That was the situation here, and in the circumstances, the trial judge properly admitted the expert evidence and adequately charged the jury.

l'intérêt de l'équité et de l'intégrité du procès, il faut que le jury ait la possibilité d'entendre l'opinion de l'expert.

En l'espèce, il y avait, indépendamment du témoignage du psychiatre, une preuve abondante sur laquelle le juge du procès pouvait fonder la conclusion que l'appelante avait été brutalement et fréquemment battue par son conjoint de fait pendant leur liaison. Le témoignage d'expert a été admis à juste titre afin d'aider le jury à déterminer si l'appelante avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et croyait pour des motifs raisonnables n'avoir d'autre recours que celui de tirer. Il n'est pas nécessaire que chacun des faits précis sur lesquels est fondée l'opinion de l'expert soit établi en preuve pour donner une valeur probante à cette opinion. Tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande.

Le juge Sopinka: Les faits très particuliers de l'affaire *R. c. Abbey* et la décision commandée par ces faits ont contribué à l'élaboration d'un principe contradictoire relativement à l'admissibilité et à la valeur probante du témoignage d'opinion d'un expert: une opinion d'expert se rapportant dans l'abstrait à une question substantielle soulevée dans un procès, mais reposant entièrement sur un oui-dire qui n'est établi par aucune preuve est admissible en preuve mais n'a aucune valeur probante. Toutefois une telle opinion est inadmissible pour manque de pertinence. Il existe une distinction pratique entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence, et en consultation avec des collègues, et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige. Lorsque, les données sur lesquelles un expert fonde son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. L'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion. Quand l'opinion d'un expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. C'était le cas en l'espèce et, dans les circonstances, le juge du procès a eu raison d'admettre la preuve d'expert et a donné des directives appropriées au jury.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; **considered:** *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977); *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449; **referred to:** *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (N.J. 1984); *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22; *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403; *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986); *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384.

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; **referred to:** *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50; *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(2)(a), (b), 37.

Authors Cited

Blackman, Julie. "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227.

Crocker, Phyllis. "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense" (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121.

Delisle, R. J. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.

Ewing, Charles Patrick. *Battered Women Who Kill*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1987.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

Walker, Lenore E. *The Battered Woman*. New York: Harper & Row, 1979.

Walker, Lenore E. *The Battered Woman Syndrome*, vol. 6. New York: Springer Pub. Co., 1984.

Wardle, Peter. "R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116.

Willoughby, M. J. "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer" (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169.

APPEAL from judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 52 *Man. R.* (2d) 274, 44

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; **arrêts examinés:** *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (Wash. 1977); *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449; **arrêts mentionnés:** *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (N.J. 1984); *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22; *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403; *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986); *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; **arrêts mentionnés:** *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50; *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2)a), b), 37.

Doctrine citée

Blackman, Julie. «Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill» (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227.

Crocker, Phyllis. «The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense» (1985), 8 *Harv. Women's L.J.* 121.

Delisle, R. J. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.

Ewing, Charles Patrick. *Battered Women Who Kill*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1987.

Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

Walker, Lenore E. *The Battered Woman*. New York: Harper & Row, 1979.

Walker, Lenore E. *The Battered Woman Syndrome*, vol. 6. New York: Springer Pub. Co., 1984.

Wardle, Peter. «R. v. Abbey and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify» (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116.

Willoughby, M. J. «Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer» (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 52 *Man. R.* (2d) 274, 44

C.C.C. (3d) 113, 65 C.R. (3d) 387, allowing an appeal from acquittal by Scott A.C.J.Q.B. sitting with jury. Appeal allowed.

G. Greg Brodsky, Q.C., and S. Hoepfner, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory J.J. was delivered by

WILSON J.—The narrow issue raised on this appeal is the adequacy of a trial judge's instructions to the jury regarding expert evidence. The broader issue concerns the utility of expert evidence in assisting a jury confronted by a plea of self-defence to a murder charge by a common law wife who had been battered by the deceased.

1. The Facts

The appellant, who was 22 years old at the time, had been living with Kevin Rust for some three to four years. Their residence was the scene of a boisterous party on August 30, 1986. In the early hours of August 31 after most of the guests had departed the appellant and Rust had an argument in the upstairs bedroom which was used by the appellant. Rust was killed by a single shot in the back of the head from a .303 calibre rifle fired by the appellant as he was leaving the room.

The appellant did not testify but her statement made to police on the night of the shooting was put in evidence. Portions of it read as follows:

Me and Wendy argued as usual and I ran in the house after Kevin pushed me. I was scared, I was really scared. I locked the door. Herb was downstairs with Joanne and I called for Herb but I was crying when I called him. I said, "Herb come up here please." Herb came up to the top of the stairs and I told him that Kevin was going to hit me actually beat on me again. Herb said he knew and that if I was his old lady things would be different, he gave me a hug. OK, we're friends, there's nothing between us. He said "Yeah, I know" and he went

C.C.C. (3d) 113, 65 C.R. (3d) 387, qui a accueilli un appel d'un acquittement prononcé en Cour du Banc de la Reine par le juge en chef adjoint Scott siégeant avec un jury. Pourvoi accueilli.

G. Greg Brodsky, c.r., et S. Hoepfner, pour l'appelante.

J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—La question précise que soulève le présent pourvoi est celle du caractère suffisant des directives d'un juge au jury concernant une preuve d'expert. La question plus générale est de savoir si cette preuve peut être de quelque secours à un jury qui se trouve face à un plaidoyer de légitime défense opposé à une accusation de meurtre par une conjointe de fait qui avait été battue par la victime de l'homicide.

1. Les faits

L'appelante, qui avait 22 ans à l'époque, cohabitait avec Kevin Rust depuis environ trois ou quatre ans. Le 30 août 1986, leur maison a été le théâtre d'une fête tumultueuse. Dans les premières heures du 31 août, après le départ de la plupart des invités, l'appelante et Rust se sont disputés dans la chambre à coucher de l'appelante à l'étage supérieur. Comme il quittait la chambre, Rust a été abattu, atteint à la partie postérieure de la tête, d'un seul coup de carabine de calibre .303 tiré par l'appelante.

L'appelante n'a pas témoigné, mais la déclaration qu'elle avait faite à la police la nuit de l'incident a été produite en preuve. En voici quelques extraits:

[TRADUCTION] Moi et Wendy, nous nous sommes disputées comme d'habitude et j'ai couru dans la maison quand Kevin m'a poussée. J'avais peur, j'avais vraiment peur. J'ai fermé la porte à clef. Herb était en bas avec Joanne et j'ai appelé Herb, mais je pleurais quand je l'appelais. J'ai dit: «Herb, viens en haut, je t'en prie.» Herb est monté jusqu'au haut de l'escalier et je lui ai dit que Kevin allait me frapper, qu'il allait me battre encore. Herb a dit qu'il le savait et que si j'étais avec lui ce serait différent; il m'a étreinte. O.K., nous sommes

outside to talk to Kevin leaving the door unlocked. I went upstairs and hid in my closet from Kevin. I was so scared My window was open and I could hear Kevin asking questions about what I was doing and what I was saying. Next thing I know he was coming up the stairs for me. He came into my bedroom and said "Wench, where are you?" And he turned on my light and he said "Your purse is on the floor" and he kicked it. OK then he turned and he saw me in the closet. He wanted me to come out but I didn't want to come out because I was scared. I was so scared. [The officer who took the statement then testified that the appellant started to cry at this point and stopped after a minute or two.] He grabbed me by the arm right there. There's a bruise on my face also where he slapped me. He didn't slap me right then, first he yelled at me then he pushed me and I pushed him back and he hit me twice on the right hand side of my head. I was scared. All I thought about was all the other times he used to beat me, I was scared, I was shaking as usual. The rest is a blank, all I remember is he gave me the gun and a shot was fired through my screen. This is all so fast. And then the guns were in another room and he loaded it the second shot and gave it to me. And I was going to shoot myself. I pointed it to myself, I was so upset. OK and then he went and I was sitting on the bed and he started going like this with his finger [the appellant made a shaking motion with an index finger] and said something like "You're my old lady and you do as you're told" or something like that. He said "wait till everybody leaves, you'll get it then" and he said something to the effect of "either you kill me or I'll get you" that was what it was. He kind of smiled and then he turned around. I shot him but I aimed out. I thought I aimed above him and a piece of his head went that way.

The relationship between the appellant and Rust was volatile and punctuated by frequent arguments and violence. They would apparently fight for two or three days at a time or several times a week. Considerable evidence was led at trial indicating that the appellant was frequently a victim of physical abuse at the hands of Rust. Between 1983 and 1986 the appellant made several trips to hospital for injuries including severe bruises, a fractured nose, multiple contusions and a black eye. One of the attending physicians, Dr. Dirks, testified that he disbelieved the appellant's

amis; il n'y a rien qui se passe entre nous. Il a dit: «Oui, je sais.» Puis il est sorti parler à Kevin, sans fermer la porte à clef. Je suis allée en haut me cacher de Kevin dans mon placard. J'avais tellement peur [. . .] Ma fenêtre était ouverte et j'entendais Kevin qui demandait ce que je faisais et disais. Je me suis rendu compte ensuite qu'il montait me chercher. Il est entré dans ma chambre à coucher et a dit: «Salope, où es-tu?» Et il a allumé la lumière et a dit: «Ton sac à main est par terre.» Et il lui a donné un coup de pied. O.K., puis il s'est retourné et m'a vue dans le placard. Il voulait que je sorte, mais moi je ne voulais pas parce que j'avais peur. J'avais tellement peur. [L'agent de police qui a recueilli la déclaration a témoigné ici que l'appelante s'était alors mise à pleurer pendant une minute ou deux.] Il m'a saisie par le bras juste là. J'ai aussi un bleu au visage là où il m'a giflée. Il ne m'a pas giflée tout de suite; d'abord il a crié puis il m'a poussée et je l'ai poussé en retour et il m'a donné deux coups sur le côté droit de la tête. J'avais peur. Je ne pensais plus qu'à toutes les autres fois qu'il m'avait battue; j'avais peur; je tremblais comme d'habitude. Je ne sais rien de ce qui s'est passé ensuite, je me rappelle seulement qu'il m'a donné le fusil et qu'un coup a été tiré à travers le moustiquaire. Tout cela s'est passé tellement vite. Et puis les fusils étaient dans une autre chambre et il l'a chargé de nouveau et me l'a remis. Et j'allais tirer sur moi-même. Je l'ai braqué sur moi, tellement j'étais bouleversée. O.K. et puis il est parti et moi j'étais assise sur le lit; il a commencé à faire comme ça avec son doigt [l'appelante a agité un index] et a dit quelque chose comme: «Tu es à moi et tu feras ce que je te dirai de faire», ou quelque chose de semblable. Il a dit: «Attends que tout le monde soit parti, tu auras de mes nouvelles», et puis il a dit quelque chose du genre de: «Ou tu me tues, ou moi je t'aurai», et c'était comme ça. Il a fait comme un sourire et puis il s'est retourné. J'ai tiré, mais je ne le visais pas. Je croyais avoir visé au-dessus de lui, mais une partie de sa tête se trouvait là.

Les rapports entre l'appelante et Rust étaient explosifs, ponctués de fréquentes altercations et de violence. Apparemment ils se disputaient deux ou trois jours de suite ou plusieurs fois par semaine. D'après une preuve abondante produite au procès, l'appelante a souvent été brutalisée par Rust. Entre 1983 et 1986, elle est allée plusieurs fois à l'hôpital faire soigner des blessures, dont des meurtrissures graves, une fracture du nez, des contusions multiples et un œil poché. Un des médecins traitants, le Dr Dirks, a témoigné n'avoir pas cru l'appelante quand elle lui a expliqué à l'une de ces

explanation on one such occasion that she had sustained her injuries by falling from a horse.

A friend of the deceased, Robert Ezako, testified that he had witnessed several fights between the appellant and the deceased and that he had seen the appellant point a gun at the deceased twice and threaten to kill him if he ever touched her again. Under cross-examination Ezako admitted to seeing or hearing the deceased beat up the appellant on several occasions and, during the preliminary inquiry, described her screaming during one such incident like "a pig being butchered". He also saw the appellant with a black eye on one occasion and doubted that it was the result of an accident as she and the deceased stated at the time. Another acquaintance of the couple recalled seeing the appellant with a split lip.

At one point on the night of his death Rust chased the appellant outside the house and a mutual friend, Norman Kolish, testified that the appellant pleaded with Rust to "leave me alone" and sought Kolish's protection by trying to hide behind him. A neighbour overheard Rust and the appellant arguing and described the tone of the former as "argumentative" and the latter as "scared". Later, between the first and second gunshot, he testified that he could hear that "somebody was beating up somebody" and the screams were female. Another neighbour testified to hearing noises like gunshots and then a woman's voice sounding upset saying "Fuck. He punched me in the face. He punched me in the face." He looked out the window and saw a woman matching the description of the appellant.

Three witnesses who attended the party testified to hearing sounds of yelling, pushing, shoving and thumping coming from upstairs prior to the gunshots. It is not disputed that two shots were fired by the appellant. The first one went through a window screen. It is not clear where Rust was at the time. The appellant in her statement says that he was upstairs, while another witness places him in the basement. The second shot was the fatal

occasions qu'elle s'était blessée en tombant d'un cheval.

Un ami du défunt, Robert Ezako, a dit qu'il avait été témoin de plusieurs querelles entre l'appelante et Rust et qu'à deux occasions il avait vu l'appelante braquer un fusil sur Rust et le menacer de mort si jamais il levait encore la main sur elle. Contre-interrogé, Ezako a reconnu avoir plusieurs fois vu ou entendu Rust battre l'appelante et, à l'enquête préliminaire, a dit que lors d'un de ces incidents elle hurlait comme [TRADUCTION] «un cochon qu'on égorge». Il a également remarqué une fois que l'appelante avait un œil poché et n'avait pas cru que c'était le résultat d'un accident comme l'appelante et Rust l'avaient dit à ce moment-là. Une autre connaissance du couple s'est souvenue d'avoir vu l'appelante avec une lèvre fendue.

À un moment donné au cours de la nuit de son décès, Rust pourchassait l'appelante à l'extérieur de la maison et un ami mutuel, Norman Kolish, a témoigné que l'appelante avait supplié Rust «de la laisser tranquille» et avait cherché à obtenir la protection de Kolish en se cachant derrière lui. Un voisin a entendu Rust et l'appelante qui se disputaient et a qualifié de [TRADUCTION] «querelleur» le ton de Rust et de [TRADUCTION] «craintif» celui de l'appelante. Il a témoigné que, plus tard, entre le premier et le deuxième coup de fusil, il a entendu que [TRADUCTION] «quelqu'un se faisait battre» et que les cris étaient ceux d'une femme. Un autre voisin a témoigné avoir entendu des bruits comme des coups de fusil suivis d'une voix bouleversée de femme qui disait: [TRADUCTION] «Merde. Il m'a donné un coup de poing au visage. Il m'a donné un coup de poing au visage.» Il a regardé par la fenêtre et a vu une femme qui répondait au signalement de l'appelante.

Trois témoins qui assistaient à la fête ont dit avoir entendu, avant les coups de fusil, des cris, des bruits de bousculade et de coups qui venaient de l'étage supérieur. On ne conteste pas que deux coups de fusil ont été tirés par l'appelante. Le premier a percé un moustiquaire. On ne sait pas avec certitude où Rust se trouvait à ce moment-là. L'appelante dit dans sa déclaration qu'il était en haut, mais un autre témoin a affirmé qu'il se

one. After the second shot was fired the appellant was seen visibly shaken and upset and was heard to say "Rooster [the deceased] was beating me so I shot him," and "You know how he treated me, you've got to help me." The arresting officer testified that en route to the police station the appellant made various comments in the police car, including "He said if I didn't kill him first he would kill me. I hope he lives. I really love him," and "He told me he was gonna kill me when everyone left."

The police officer who took the appellant's statement testified to seeing a red mark on her arm where she said the deceased had grabbed her. When the coroner who performed an autopsy on the deceased was shown pictures of the appellant (who had various bruises), he testified that it was "entirely possible" that bruises on the deceased's left hand were occasioned by an assault on the appellant. Another doctor noted an injury to the appellant's pinkie finger consistent with those sustained by the adoption of a defensive stance.

The expert evidence which forms the subject matter of the appeal came from Dr. Fred Shane, a psychiatrist with extensive professional experience in the treatment of battered wives. At the request of defence counsel Dr. Shane prepared a psychiatric assessment of the appellant. The substance of Dr. Shane's opinion was that the appellant had been terrorized by Rust to the point of feeling trapped, vulnerable, worthless and unable to escape the relationship despite the violence. At the same time, the continuing pattern of abuse put her life in danger. In Dr. Shane's opinion the appellant's shooting of the deceased was a final desperate act by a woman who sincerely believed that she would be killed that night:

... I think she felt, she felt in the final tragic moment that her life was on the line, that unless she defended herself, unless she reacted in a violent way that she would die. I mean he made it very explicit to her, from what she told me and from the information I have from

trouvait au sous-sol. C'est le second coup qui a été mortel. Après le second coup, on a vu que l'appelante était visiblement ébranlée et on l'a entendue dire: [TRADUCTION] «Rooster [le défunt] me battait alors j'ai tiré.» Elle a ajouté: [TRADUCTION] «Vous savez comment il me traitait, il faut que vous m'aidiez.» Le policier qui a effectué l'arrestation a témoigné que, pendant le trajet en voiture de police jusqu'au poste, l'appelante a fait diverses remarques, dont notamment: [TRADUCTION] «Il a dit que si moi je ne le tuais pas, lui, il me tuerait. J'espère qu'il vivra. Je l'aime vraiment.» Et [TRADUCTION] «Il m'a dit qu'il allait me tuer quand tout le monde serait parti.»

L'agent de police qui a recueilli la déclaration de l'appelante a témoigné avoir remarqué une rougeur sur son bras là où elle disait que Rust l'avait saisie. Quand on a montré au coroner, qui avait pratiqué l'autopsie sur le défunt, des photos de l'appelante (meurtrie à plusieurs endroits), il a témoigné qu'il était [TRADUCTION] «tout à fait possible» que les meurtrissures à la main gauche du défunt aient résulté d'une agression sur l'appelante. Un autre médecin a constaté sur l'auriculaire de l'appelante une blessure d'un genre que subirait quelqu'un qui prend une position défensive.

La preuve d'expert qui fait l'objet du pourvoi est celle du D^r Fred Shane, un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues. À la demande de l'avocat de la défense, le D^r Shane a fait une évaluation psychiatrique de l'appelante. Essentiellement, selon le D^r Shane, l'appelante avait été terrorisée par Rust à un point tel qu'elle se sentait piégée, vulnérable, bonne à rien et incapable de s'échapper malgré la violence de la situation. En même temps, les mauvais traitements systématiques et continus mettaient sa vie en danger. Selon le D^r Shane, quand l'appelante a tiré sur Rust, c'était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là:

[TRADUCTION] ... je crois qu'elle pensait, qu'elle pensait au dernier moment tragique que sa vie était en jeu, que si elle ne se défendait pas, si elle ne réagissait pas violemment, elle mourrait. Je veux dire, d'après ce qu'elle m'a raconté et selon ce que j'ai pu tirer des

the material that you forwarded to me, that she had, I think, to defend herself against his violence.

Dr. Shane stated that his opinion was based on four hours of formal interviews with the appellant, a police report of the incident (including the appellant's statement), hospital reports documenting eight of her visits to emergency departments between 1983 and 1985, and an interview with the appellant's mother. In the course of his testimony Dr. Shane related many things told to him by the appellant for which there was no admissible evidence. They were not in the appellant's statement to the police and she did not testify at trial. For example, Dr. Shane mentioned several episodes of abuse described by the appellant for which there were no hospital reports. He also related the appellant's disclosure to him that she had lied to doctors about the cause of her injuries. Dr. Shane testified that such fabrication was typical of battered women. The appellant also recounted to Dr. Shane occasions on which Rust would allegedly beat her, then beg her forgiveness and ply her with flowers and temporary displays of kindness. Dr. Shane was aware of the incidents described by Ezako about the appellant's pointing a gun at Rust on two occasions and explained it as "an issue for trying to defend herself. She was afraid that she would be assaulted." The appellant denied to Dr. Shane that she had homicidal fantasies about Rust and mentioned that she had smoked some marijuana on the night in question. These facts were related by Dr. Shane in the course of his testimony.

The appellant was acquitted by a jury but the verdict was overturned by a majority of the Manitoba Court of Appeal and the case sent back for retrial.

2. Lower Court Judgments

Manitoba Queen's Bench (Scott A.C.J.Q.B.)

After Dr. Shane testified and was cross-examined Crown counsel brought an application to have the evidence of Dr. Shane withdrawn from the jury. The first reason he gave was that the jury

documents que vous m'avez fait parvenir, il lui a fait comprendre très clairement, je crois, qu'il fallait qu'elle se défende contre la violence dont il usait à son endroit.

Le D^r Shane a dit que son opinion était fondée sur quatre heures d'entrevues structurées avec l'appelante, sur un rapport de police relatif à l'incident (comprenant la déclaration de l'appelante), sur des rapports d'hôpital constatant huit visites qu'elle avait faites au service des urgences entre 1983 et 1985, ainsi que sur une entrevue avec la mère de l'appelante. En déposant, le D^r Shane a relaté beaucoup de choses que lui avait dites l'appelante, et sur lesquelles il n'y avait pas d'éléments de preuve admissibles. Ces choses ne figuraient pas dans la déclaration de l'appelante à la police et l'appelante n'a pas témoigné au procès. Par exemple, le D^r Shane a mentionné plusieurs incidents de violence décrits par l'appelante à propos desquels il n'existait aucun rapport d'hôpital. Il a en outre relaté que l'appelante lui avait dit avoir menti aux médecins sur la cause de ses blessures. D'après le témoignage du D^r Shane, la fabulation est typique chez les femmes battues. De plus, l'appelante a raconté au D^r Shane des occasions où Rust la battait puis lui demandait pardon et la comblait de fleurs et de manifestations temporaires de gentillesse. Le D^r Shane était au courant des deux incidents, décrits par Ezako, où l'appelante avait braqué un fusil sur Rust, et a expliqué: [TRADUCTION] «Elle tentait par là de se défendre. Elle avait peur d'être agressée.» L'appelante a nié, devant le D^r Shane, avoir eu des fantasmes d'homicide au sujet de Rust et a mentionné qu'elle avait fumé de la marihuana la nuit en question. Ces faits ont été relatés par le D^r Shane au cours de sa déposition.

L'appelante a été acquittée par un jury mais la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a annulé le verdict et a renvoyé l'affaire à un nouveau procès.

2. Les jugements des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge en chef adjoint Scott)

Après le témoignage et le contre-interrogatoire du D^r Shane, l'avocat de la Couronne a demandé que la déposition du D^r Shane soit retirée au jury. La première raison invoquée était que le jury était

was perfectly capable of deciding the issue on the admissible evidence and that expert evidence was therefore “unnecessary and superfluous”. The second reason was that Dr. Shane’s comment that he found the accused credible was “wholly improper” in light of her failure to testify as to the facts upon which Dr. Shane based his opinion. The trial judge denied the application stating that the Crown’s concerns could be met through an appropriate charge to the jury:

But I understand fully the concern that the Crown has at this time because a substantial chunk of the factual evidence that Dr. Shane relied on is simply not evidence in these proceedings and is not before the jury and my task, even with a very attentive jury such as this one, is going to be very difficult because of that fact.

But I think, under the circumstances, that the better course of action and the more realistic one to follow is to deal with the fact that it is in evidence and to attempt to explain to the jury as adequately and as fully as I can the difference between what is evidence and what is not in evidence and the impact that that ought to have on the weight that they choose to attach to the opinion of Dr. Shane.

With respect to the appellant’s out-of-court statements, the trial judge cautioned the jury that, “[a]s with the verbal testimony, you may accept all, part or none of the statements attributed to Lyn Lavallee and as with all evidence, the real question is whether the things reported to have been said are true.” Later he introduced Dr. Shane’s testimony as follows:

As counsel put it yesterday, you cannot decide this case on things you didn’t hear. You cannot decide this case on things the witnesses didn’t see or hear.

A somewhat different, though related, evidentiary caution has to be noted with respect to the expert opinion evidence of Dr. Shane. There were two matters in his evidence, two facts, two sources of information that he had reference to which are not evidence in this case and that is the suggestion that people had been smoking marijuana at the party and the confirmatory

parfaitement capable de trancher la question en se fondant sur la preuve admissible et que la preuve d’expert était donc [TRADUCTION] «inutile et superflue». La seconde raison était que l’observation du D^r Shane qu’il trouvait l’accusée digne de foi était [TRADUCTION] «tout à fait hors de propos» puisqu’elle n’avait pas témoigné quant aux faits sur lesquels le D^r Shane basait son opinion. Le juge du procès a rejeté cette demande, disant que des directives appropriées au jury permettraient de répondre aux préoccupations du ministère public:

[TRADUCTION] Mais je comprends parfaitement l’inquiétude du ministère public en ce moment, car une partie importante des faits sur lesquels s’est fondé le D^r Shane ne font simplement pas partie de la preuve et n’ont pas été soumis au jury, ce qui me rendra la tâche très difficile, même avec un jury aussi attentif que celui-ci.

Je crois toutefois, dans les circonstances, que le meilleur parti, et le parti le plus réaliste, à prendre est de faire face à la réalité que ces faits ont été mentionnés et de tenter d’expliquer aux jurés le mieux et le plus complètement que je puisse la différence entre ce qui constitue de la preuve et ce qui n’en est pas, ainsi que l’incidence que cela devrait avoir sur le poids qu’ils décident d’attribuer à l’opinion du D^r Shane.

En ce qui concerne les déclarations extrajudiciaires de l’appelante, le juge du procès a fait au jury la mise en garde que voici: [TRADUCTION] «Comme dans le cas du témoignage oral, vous pouvez accepter en totalité, en partie ou pas du tout les déclarations prêtées à Lyn Lavallee, et comme dans le cas de n’importe quel élément de preuve, la véritable question est celle de la véracité de ce qui aurait été dit.» Plus loin, il présente ainsi le témoignage du D^r Shane:

[TRADUCTION] Comme l’avocat l’a dit hier, vous ne pouvez pas vous prononcer en vous fondant sur des choses que vous n’avez pas entendues. Vous ne pouvez pas vous prononcer en vous fondant sur des choses que les témoins n’ont ni vues ni entendues.

Une mise en garde un peu différente, quoique connexe, s’impose à l’égard du témoignage d’expert du D^r Shane. Deux points mentionnés dans son témoignage, deux faits, deux de ses sources de renseignements ne font pas partie de la preuve en l’espèce. Il s’agit de l’allégation qu’on avait fumé de la marijuana à la fête et de la preuve confirmative, comme il l’a appelée, qu’il a

evidence, as he called it, received from the mother of Lyn Lavallee. These are not matters in evidence before you.

For example, there is absolutely no evidence that anyone was smoking marijuana at this party and you must not consider that it took place. There is no evidence from the mother of the accused before you.

The extent to which this impacts on the weight of the opinion of Dr. Shane is a matter for you to decide. You must appraise the value of the resulting opinion in light of the fact that there is no evidence about these matters before you. In terms of the matters considered by Dr. Shane he is left, therefore, with the deceased's (sic) statement, some supplementary information from the police report and his interpretation of the hospital records.

If the premises upon which the information is substantially based has not been proven in evidence, it is up to you to conclude that it is not safe to attach a great deal of weight to the opinion. An opinion of an expert depends, to a large extent, on the validity of the facts assumed by the evidence by the expert.

If there are some errors and the factual assumptions aren't too important to the eventual opinion, that's one thing. If there are errors or matters not in evidence and those matters are substantial, in your view, in terms of the impact on the expert's opinion, then you will want to look at the value and weight of that opinion very carefully. It depends on how important you think the matters were that Dr. Shane relied on that are not in evidence. [Emphasis added.]

The trial judge then reviewed the evidence given by Dr. Shane regarding the appellant's emotional and mental state at the time of the killing. He reiterated Dr. Shane's opinion that the appellant's act was "a reflection of her catastrophic fear that she had to defend herself". He also drew attention to Dr. Shane's awareness that the appellant would occasionally be the aggressor despite her denial to him that she had homicidal fantasies:

[Dr. Shane] noted that at times Lyn Lavallee would be the aggressor from all of the underlying hostility. She couldn't leave psychologically because there were steel fences in her mind and she was tyrannized psychologically. She said she loved him and he felt that she did.

reçue de la mère de Lyn Lavallee. Ces choses-là ne font pas partie de la preuve.

Par exemple, il n'y a absolument aucune preuve que quelqu'un a fumé de la marihuana à la fête en question et vous ne devez pas considérer cela comme s'étant produit. Rien de ce qu'a dit la mère de l'accusée n'est en preuve devant vous.

L'incidence que cela peut avoir sur la valeur probante de l'opinion du Dr Shane est une question qu'il vous appartient de décider. Vous devez apprécier cette opinion en tenant compte du fait qu'on ne vous a présenté aucune preuve sur ces points. Pour ce qui est des points abordés par le Dr Shane, il ne lui reste donc que la déclaration de Rust, quelques renseignements supplémentaires tirés du rapport de police et son interprétation des dossiers d'hôpital.

Si les prémisses sur lesquelles les renseignements reposent en grande partie n'ont pas été établies par la preuve, il vous appartient de conclure qu'il est dangereux d'attacher trop d'importance à son opinion. L'opinion d'un expert dépend dans une large mesure de l'exactitude des faits sur lesquels il a fondé son témoignage.

S'il y a des erreurs et que les présomptions de fait ne soient pas trop importantes pour l'opinion exprimée, c'est une chose. Mais, s'il y a des erreurs ou des points qui ne font pas partie de la preuve et qu'à votre avis, ces points aient une influence importante sur l'opinion de l'expert, alors vous allez vouloir examiner très minutieusement la valeur et le poids de cette opinion. Cela dépend de l'importance que vous attachez aux faits sur lesquels s'est fondé le Dr Shane et qui n'ont pas été mis en preuve. [Je souligne.]

Le juge du procès a ensuite passé en revue le témoignage du Dr Shane relativement à l'état émotionnel et mental de l'appelante au moment de l'homicide. Il a réitéré l'opinion du Dr Shane que l'acte de l'appelante [TRADUCTION] «traduisait sa peur catastrophique qu'elle devait se défendre». Il a également souligné que le Dr Shane savait que l'appelante était parfois l'agresseur bien qu'elle lui ait dit ne pas avoir eu de fantasmes d'homicide:

[TRADUCTION] [Le Dr Shane] a signalé que parfois Lyn Lavallee était l'agresseur en raison de toute l'hostilité sous-jacente. Du point de vue psychologique, elle était incapable de le quitter parce qu'il existait dans son esprit des clôtures d'acier et qu'elle était, psychologiquement, tyrannisée. Elle disait l'aimer et il croyait que c'était vrai.

She denied to him thinking at any time of killing Kevin Rust. That is to say she did not entertain any homicidal fantasies and he felt that what she told him was reasonable.

It is the position of the Crown that Dr. Shane's opinion stands or falls on the veracity of Lyn Lavalée because he relied so heavily and extensively on what she told him and the evidence contained in the statement, Exhibit 16. That's for you to decide.

Undoubtably [*sic*] she was a very important source, if not the major source, of his information. Dr. Shane agreed that if what she told him was erroneous, he would have to reassess his position.

On cross-examination he reiterated that in his opinion her action was spontaneous to the moment to try to defend herself. The straw that broke the camel's back was the threat, "When the others leave you're going to get it.", even though similar statements had been made to her on other occasions. According to what she told him, the accused felt compelled to shoot.

Based on the information he had in his interview, it was his opinion that the acts of the accused were impulsive and not premeditated. He disagreed with the Crown's suggestion that Lyn Lavalée took the opportunity when it presented itself.

He conceded that patients had, on occasion, lied and misled him in the past.

(*Manitoba Court of Appeal* (Monnin C.J.M., Philp and Huband JJ.) (1988), 52 Man. R. (2d) 274.)

Writing for himself and Monnin C.J.M., Philp J.A. begins by observing, at p. 275, that there was "ample evidence for the jury to conclude that Rust abused the accused." He adds that it "was a reasonable inference for the jury to draw that the injuries resulted from Rust's violent and abusive behaviour, notwithstanding her explanations at the time to the contrary".

Turning to Dr. Shane's evidence, the majority comments that in the course of stating the factual basis of his opinions and conclusions, Dr. Shane referred to many facts, incidents and events which were not before the court in the form of admissible evidence. These included: the smoking of marijuana on the night of the shooting; the deterioration of the intimate relationship between the appellant

Elle a nié avoir jamais pensé à tuer Kevin Rust. C'est-à-dire qu'elle n'entretenait aucun fantasme d'homicide et il avait l'impression que ce qu'elle disait était raisonnable.

^a Le ministère public prétend que la valeur de l'opinion du D^r Shane dépend de la véracité de Lyn Lavalée étant donné qu'il s'est fondé dans une si grande mesure sur ce qu'elle lui a dit et sur sa déclaration (pièce 16). C'est à vous d'en décider.

^b Sans doute a-t-elle été une source très importante, sinon la source principale, de ses renseignements. Le D^r Shane a convenu que si son récit était inexact, il serait obligé de repenser sa position.

^c Au cours de son contre-interrogatoire, il a répété qu'à son avis l'acte avait été commis spontanément, sur le moment, dans un but défensif. La goutte d'eau qui a fait déborder le vase a été la menace: «Quand les autres seront partis tu auras de mes nouvelles», même s'il lui avait dit des choses semblables à d'autres occasions. ^d D'après ce qu'elle lui a raconté, l'accusée se sentait contrainte de tirer.

Se fondant sur les renseignements qu'il avait tirés de l'entrevue, il estimait que l'accusée avait agi impulsivement et sans préméditation. Il a rejeté l'assertion du ministère public que Lyn Lavalée a saisi l'occasion quand elle s'est présentée.

^e Il a reconnu que dans le passé des patients lui avaient menti et l'avaient induit en erreur.

^f (*Cour d'appel du Manitoba* (le juge en chef Monnin, les juges Philp et Huband) (1988), 52 Man. R. (2d) 274.)

Dans ses motifs, auxquels le juge en chef ^g Monnin a souscrit, le juge Philp fait observer d'abord, à la p. 275, que [TRADUCTION] «la preuve justifiait amplement le jury de conclure que Rust maltraitait l'accusée.» Il ajoute que [TRADUCTION] «le jury pouvait raisonnablement inférer que ^h les lésions avaient résulté de la conduite violente et brutale de Rust bien que, sur le coup, elle ait prétendu le contraire».

ⁱ Passant ensuite au témoignage du D^r Shane, la majorité fait remarquer qu'en exposant la base factuelle de ses opinions et conclusions, le D^r Shane a mentionné un grand nombre de faits, d'incidents et d'événements qui ne constituaient ^j pas des éléments de preuve admissibles devant la cour, dont notamment le fait qu'on avait fumé de la marijuana la nuit de l'homicide, la détérioration

and Rust (the appellant had told Shane that they were sleeping in separate bedrooms); a reference to an abortion the appellant had obtained, after which Rust allegedly threatened to tell her parents that she was a “baby killer”; incidents where Rust would allegedly beg forgiveness from the appellant after beating her up; the appellant’s “incredible remorse” after killing Rust, and the appellant’s denial to Dr. Shane that she harboured homicidal fantasies about Rust.

Philp J.A. then refers to the appellant’s written statement to the police in which she professed her love for Rust and her hope that he wouldn’t die. At page 277, he pointed out “discrepancies and conflicts in the narrative of events in the accused’s statement, and the evidence of witnesses who testified at her trial”, particularly with respect to the location of Rust when the first shot was fired. With respect to the accused’s unsworn statement he concludes at p. 278:

... in the circumstances of this case, where much of the factual basis for the plea of self-defence lay in the statement of the accused, the jury ought not to have been told to “give this evidence no more nor less weight than any other evidence heard by you”; that the frailties of such assertions should have been pointed out.

The instructions of the trial judge to the jury with respect to the evidence of Dr. Shane are a more troubling matter. The problem presented by the accused’s out of court statement and comments, in my view, comes to a head in that context.

Philp J.A. then turns to the judgment of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, a case from this Court dealing with the admissibility of expert evidence and the use to which it can be put. After quoting from the judgment, Philp J.A. states at p. 279:

Canadian authorities support the view that an expert can state to the court the basis for his opinion, and that it is desirable that he do so. In *Abbey*, Dickson, J., confirmed this approach and referred to the “obligation” of the party tendering evidence of the factual basis

des relations intimes entre l’appelante et Rust (l’appelante avait dit à Shane qu’ils faisaient chambre à part), la mention que l’appelante s’était fait avorter et que Rust l’avait apparemment menacée de dire à ses parents à elle qu’elle était une [TRADUCTION] «tueuse de bébé», des incidents où Rust aurait demandé pardon à l’appelante après l’avoir battue, [TRADUCTION] «d’incroyable remords» ressenti par l’appelante après avoir tué Rust et le fait que l’appelante avait nié devant le Dr Shane avoir eu des fantasmes d’homicide au sujet de Rust.

Le juge Philp parle ensuite de la déclaration écrite faite par l’appelante à la police, dans laquelle elle exprime son amour pour Rust et l’espoir qu’il ne meure pas. À la page 277, il signale [TRADUCTION] «des contradictions et des conflits entre l’exposé des événements dans la déclaration de l’appelante et les dépositions faites par des témoins au procès», particulièrement en ce qui concerne l’endroit où Rust se trouvait quand le premier coup a été tiré. À l’égard de la déclaration de l’accusée, qu’elle n’avait pas faite sous serment, il conclut, à la p. 278:

[TRADUCTION] ... dans les circonstances de la présente affaire, où c’est en grande partie la déclaration de l’accusée qui constitue le fondement factuel du plaidoyer de légitime défense, on n’aurait pas dû dire au jury de «ne prêter à cette preuve ni plus ni moins de poids qu’à toute autre preuve que vous avez entendue»; les déficiences d’une telle preuve auraient dû être signalées.

Encore plus inquiétantes sont les directives que le juge du procès a données au jury relativement au témoignage du Dr Shane. C’est dans ce contexte, selon moi, que devient critique le problème posé par la déclaration et les assertions extrajudiciaires de l’accusée.

Puis le juge Philp porte son attention sur les motifs rédigés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l’affaire *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, où notre Cour traite de l’admissibilité de la preuve d’expert et de l’usage qu’on peut en faire. Ayant cité des extraits de cet arrêt, le juge Philp affirme, à la p. 279:

[TRADUCTION] La jurisprudence canadienne appuie le point de vue selon lequel un expert peut indiquer à la cour le fondement de son opinion et selon lequel il est souhaitable qu’il le fasse. Dans l’arrêt *Abbey*, le juge Dickson confirme cela et parle de «l’obligation» incom-

for the opinions of experts, to establish, “through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based”. He cautioned: “Before any weight can be given to an expert’s opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.”

Referring back to the case at bar, Philp J.A. comments, at p. 279, that the record did not disclose “the full extent of these secondhand facts, or their importance in the formation of Dr. Shane’s opinion; nor can one speculate what his opinion might have been had his inquiries been limited to the admissible evidence properly before the court.”

In his assessment of the trial judge’s charge to the jury, Philp J.A. remarks that the trial judge properly pointed out that there was no evidence about marijuana smoking on the night in question, nor was there any evidence before them from the mother of the appellant. Philp J.A. found this latter warning insufficient. While he considered the trial judge’s general instructions regarding the weight that should be placed on expert evidence to be proper, he felt that they “did not go far enough in the circumstances of this case”. He gives three reasons (at p. 280):

Firstly, the comments, placed in juxtaposition to the trial judge’s reference to the “two facts, two sources of information that (Dr. Shane) had reference to which are not evidence in this case . . .”, lose their impact. The jury may well have concluded that the trial judge’s warning related only to Dr. Shane’s reference to the marijuana, and to the “confirmatory evidence” of the accused’s mother.

Secondly, I think the trial judge was in error in telling the jury that the police report (presumably, the document referred to by Dr. Shane as the “police summary of the incident”) was a matter left for Dr. Shane to consider. That document was not evidence before the court, nor do we know what facts it contained.

Finally, although the trial judge did not refer to Dr. Shane’s interviews with the accused (and her mother) when he told the jury what matters were left for Dr. Shane to consider, the conclusion that the jury was to ignore facts related in these interviews unless they were otherwise established by admissible evidence (and to

bant à la partie qui produit la preuve du fondement factuel des opinions d’experts d’établir «au moyen d’éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions». Il y fait la mise en garde suivante: «Pour que l’opinion d’un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d’abord conclure à l’existence des faits sur lesquels se fonde l’opinion.»

Revenant à l’affaire, le juge Philp dit, à la p. 279, que le dossier ne révèle pas [TRADUCTION] «toute la portée de ces faits de seconde main ni l’importance qu’ils ont pu avoir dans la formation de l’opinion du D^r Shane; par ailleurs, on ne saurait spéculer sur ce qu’aurait pu être son opinion s’il s’en était tenu, aux fins de son enquête, à la preuve admissible régulièrement soumise à la cour».

Dans son appréciation de l’exposé au jury, le juge Philp dit que c’est à bon droit que le juge du procès a souligné qu’il n’existait aucune preuve établissant qu’on avait fumé de la marihuana la nuit en question et qu’on ne disposait d’aucune déposition de la mère de l’appelante. Le juge Philp a jugé insuffisante cette dernière mise en garde. S’il a estimé que les directives générales du juge du procès relatives à la valeur probante de la preuve d’expert étaient exactes, il croyait [TRADUCTION] «qu’elles n’allaient pas assez loin dans les circonstances». Il en donne trois raisons (à la p. 280):

[TRADUCTION] En premier lieu, les observations en question, juxtaposées aux mentions faites par le juge du procès de «deux faits, deux des sources de renseignements du [D^r Shane] qui ne font pas partie de la preuve en l’espèce [. . .]», perdent tout leur effet. Il se peut bien que le jury ait conclu que la mise en garde du juge du procès ne se rapportait qu’à la mention de marihuana faite par le D^r Shane et à la «preuve confirmative» de la mère de l’accusée.

En deuxième lieu, je crois que le juge du procès a eu tort de dire au jury que le D^r Shane pouvait tenir compte du rapport de police (selon toute vraisemblance le document que le D^r Shane a appelé le «résumé de l’incident établi par la police»). Ce document n’avait pas été produit en preuve devant la cour. Nous ignorons par ailleurs les faits qui y sont exposés.

En dernier lieu, bien que le juge du procès ait passé sous silence les entrevues du D^r Shane avec l’accusée (et sa mère) quand il a expliqué au jury ce sur quoi le D^r Shane pouvait encore se fonder, la conclusion que le jury ne devait pas tenir compte de faits relatés dans ces entrevues, à moins qu’ils ne soient établis par une preuve

weigh Dr. Shane's opinion accordingly) is dispelled by the trial judge's later references to these interviews.

Philp J.A. then quotes the passages from the trial judge's charge in which he reviewed Dr. Shane's admission that he would have to reassess his position if what the appellant had told him was not true. Philp J.A. also draws attention to the remark by the trial judge that the Crown emphasized that Shane's opinion would stand or fall on the appellant's veracity. In Philp J.A.'s view, these aspects of the trial judge's instructions were also deficient (at p. 281):

With respect, those comments of the trial judge, so crucial to the plea of self-defence, amounted to a misdirection. The issue was not just the veracity of the accused (and at this point, a careful charge with respect to the accused's unsworn self-serving evidence would have been appropriate). The pivotal questions the jury had to decide were the extent to which Dr. Shane's opinion was based on facts not established by admissible evidence; and the weight to be accorded to his opinion.

Finally, Philp J.A. finds, at p. 281, that the trial judge's charge fell so short of the standard required in *Abbey* that a new trial was warranted:

This was an unusual case. The accused shot Rust in the back of the head when he was leaving the bedroom. The accused says Rust loaded the rifle and handed it to her. Friends of the accused and Rust, including the couple who had planned to stay overnight, were present in another part of the residence. In these circumstances, absent the evidence of Dr. Shane, it is unlikely that the jury, properly instructed, would have accepted the accused's plea of self-defence. The accused did not testify, and the foundation for her plea of self-defence was, in the main, her unsworn exculpatory evidence and the hearsay evidence related by Dr. Shane. Because Dr. Shane relied upon facts not in evidence, including those related to him in his lengthy interviews with the accused, the factual basis for his opinion should have been detailed in his evidence.

Philp J.A. concludes by suggesting to the Crown that they proceed with a charge of manslaughter rather than second degree murder since a properly

admissible (et devait apprécier l'opinion du D^r Shane en conséquence), est détruite du fait que le juge du procès mentionne ces entrevues par la suite.

^a Le juge Philp cite ensuite les passages de l'exposé du juge du procès où il mentionne que le D^r Shane a admis qu'il aurait été obligé de repenser sa position si l'appelante ne lui avait pas dit la vérité. Le juge Philp relève en outre l'observation du juge ^b du procès que le ministère public a souligné que la valeur de l'opinion de Shane dépendait de la véracité de l'appelante. Selon le juge Philp, l'exposé du juge du procès présentait des déficiences sous ces aspects également (à la p. 281):

^c [TRADUCTION] Avec égards, ces observations du juge du procès, si cruciales relativement au plaidoyer de légitime défense, constituaient des directives erronées. La question n'était pas seulement la véracité de l'accusée (et à ce stade-là, il aurait fallu donner des directives ^d bien pesées relativement à la déclaration intéressée faite sans serment par l'accusée). Les questions essentielles à trancher par le jury étaient de déterminer dans quelle mesure l'opinion du D^r Shane reposait sur des faits non établis par une preuve admissible et la question du poids ^e à donner à son opinion.

Enfin, le juge Philp conclut que l'exposé du juge du procès était si loin de satisfaire à la norme fixée dans l'arrêt *Abbey* qu'un nouveau procès ^f s'imposait (à la p. 281):

[TRADUCTION] La présente espèce est inhabituelle. L'accusée a tiré sur Rust et l'a atteint à l'arrière de la tête alors qu'il quittait la chambre à coucher. L'accusée dit que Rust a chargé la carabine et la lui a remise. Des ^g amis de l'accusée et de Rust, dont le couple qui avait prévu de passer la nuit chez eux, se trouvaient dans une autre partie de la maison. Dans ces circonstances, sans le témoignage du D^r Shane, il est peu probable que le jury, pour peu qu'il ait reçu des directives appropriées, ^h aurait retenu le plaidoyer de légitime défense de l'accusée. Cette dernière n'a pas témoigné et son plaidoyer de légitime défense reposait principalement sur sa déclaration disculpatoire faite sans serment et sur l'ouï-dire ⁱ relaté par le D^r Shane. Comme le D^r Shane s'est fondé sur des faits non admis en preuve, notamment ceux qui lui ont été exposés au cours de ses longues entrevues avec l'accusée, le fondement factuel de son opinion aurait dû être précisé dans son témoignage.

^j Le juge Philp conclut en proposant au ministère public des poursuites pour homicide involontaire coupable plutôt que pour meurtre au deuxième

instructed jury would, in his opinion, be unlikely to convict the appellant of the latter offence.

Writing in dissent Huband J.A. summarizes the basis of Dr. Shane's opinion that the appellant acted out of a genuine fear for her life. He acknowledges, at p. 282, that "self-defence in this context finds some support in the evidence presented to the jury."

Huband J.A. points out the conflict in the evidence about how the appellant obtained the gun and where Rust was when the first shot was fired. Noting the appellant's statement to the police about how frightened of the deceased she was, he states, at p. 282, that "the significance of the statement is that, if believed, it establishes some foundation for a psychiatric opinion that she acted out of fear for her own safety as a person who had been subjected to continuous abuse." Ezako's evidence confirms that Rust beat the appellant and that, although the appellant may have "often provoked" the arguments, she "invariably got the worst of it".

With respect to Dr. Shane's evidence, Huband J.A. remarks, at p. 273, that in addition to hospital records and the accused's statement to the police, Dr. Shane "had the advantage of speaking at length with the accused herself, and also with the mother of the accused, in formulating his opinion". In Huband J.A.'s view (at p. 283), the "learned trial judge was well aware of the need to give adequate warning to the jury as to the weight to be placed upon the testimony of Dr. Shane. It was quite obvious that Dr. Shane relied upon statements by the accused and her mother which were unsworn hearsay comments and not part of the evidence in the case."

Turning to this Court's judgment in *Abbey*, Huband J.A. expresses the view, at p. 283, that the

degré étant donné que, à son avis, l'appelante ne serait probablement pas reconnue coupable de cette dernière infraction par un jury qui recevrait des directives appropriées.

^a Dans ses motifs de dissidence, le juge Huband résume le fondement de l'opinion du D^r Shane suivant laquelle l'appelante était animée d'une véritable crainte pour sa vie. Il reconnaît que ^b [TRADUCTION] «dans ce contexte, la légitime défense est appuyée jusqu'à un certain point par la preuve présentée au jury» (p. 282).

^c Le juge Huband signale la contradiction dans la preuve relative à la façon dont l'appelante a obtenu le fusil et à l'endroit où se trouvait Rust quand le premier coup a été tiré. Notant que l'appelante avait indiqué à la police combien elle ^d craignait Rust, il dit que [TRADUCTION] «l'importance de cette déclaration tient à ce que, si l'on y ajoute foi, elle fonde dans une certaine mesure l'opinion psychiatrique qu'elle a agi par crainte pour sa propre sécurité en tant que personne constamment brutalisée» (p. 282). Le témoignage d'Ezako confirme que Rust battait l'appelante et que, si les disputes étaient peut-être [TRADUC- ^e TION] «souvent provoquées» par l'appelante, c'était ^f [TRADUCTION] «invariablement elle qui en sortait perdante».

En ce qui concerne le témoignage du D^r Shane, le juge Huband fait remarquer, à la p. 283, que, ^g non seulement le D^r Shane disposait-il de dossiers d'hôpital et de la déclaration faite par l'accusée à la police, mais il [TRADUCTION] «avait eu l'avantage de s'entretenir longuement avec l'accusée elle-même, ainsi qu'avec sa mère, avant de former son ^h opinion». Selon le juge Huband (à la p. 283), le [TRADUCTION] «savant juge du procès savait bien qu'il fallait donner au jury des directives adéquates relativement à la valeur probante du témoignage du D^r Shane. Il était parfaitement évident que le ⁱ D^r Shane s'était fondé sur des déclarations de l'accusée et de sa mère qui constituaient du ouï-dire, qui n'avaient pas été faites sous serment et qui ne faisaient pas partie de la preuve.»

^j Abordant l'arrêt *Abbey* de notre Cour, le juge Huband exprime l'avis, à la p. 283, que [TRADUC-

“learned trial judge followed the advice of the Supreme Court of Canada to the letter”:

The learned trial judge begins by making it clear to the jury that they could not rely on the opinion of Dr. Shane on matters where there was no supporting evidence. He chose a good example. In relating what the accused had told him Dr. Shane said that marijuana had been smoked at the party that evening. None of the witnesses who testified as to what occurred during the evening mentioned any involvement with marijuana. Nor is such an involvement indicated in the accused's statement to the police. Dr. Shane's testimony constitutes no proof that marijuana was smoked, and to the extent that it became a factor in formulating his opinion, then his opinion must be discounted.

The learned trial judge also noted that while Dr. Shane referred to conversations with the accused's mother, no such evidence had been presented to the jury.

But the learned trial judge could not tell the jury to disregard Dr. Shane's report in its entirety. He was required to tell the jury, as he did, that there was some evidentiary support for Dr. Shane's opinion, — the accused's own statement and the hospital records. Indeed, if anything, I think the learned trial judge was unfair to the accused in not also mentioning the evidence of Mr. Ezako as constituting evidentiary foundation supporting Dr. Shane's opinion.

Huband J.A. finds that the trial judge specifically warned the jury that Dr. Shane's conversations with the accused and her mother extended beyond the evidence before the court when he told them that “it is not safe to attach a great deal of weight” to the opinion of an expert when the information on which it is predicated has not been proven in evidence. After quoting the relevant passage Huband J.A. comments at p. 284:

I suppose one could argue that the learned trial judge should have said it is not safe to attach “any” weight to the opinion rather than it is not safe to attach “a great deal” of weight to the opinion. He could have said that an expert's opinion depends “totally” instead of “to a large extent” on the validity of the factual foundation upon which he has proceeded. In my view, however, the jury would fully comprehend the import of the learned trial judge's remarks. After the jury received its instruction and retired, counsel was invited to comment on the charge . . . Crown counsel voiced no complaints.

TION] «le savant juge du procès a suivi à la lettre les conseils de la Cour suprême de Canada»:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a commencé par faire comprendre aux jurés qu'ils ne pouvaient se fonder sur l'opinion du D^r Shane à l'égard de points qui n'étaient pas appuyés par la preuve. Il a choisi un bon exemple. En relatant ce que l'accusée lui avait raconté, le D^r Shane a dit qu'on avait fumé de la marihuana à la fête le soir en question. Aucun des témoins qui ont déposé au sujet des événements de la soirée n'a mentionné l'usage de marihuana. Il n'en est pas question non plus dans la déclaration faite par l'accusée à la police. Le témoignage du D^r Shane ne constitue pas une preuve qu'on a fumé de la marihuana et, dans la mesure où cela a pu jouer dans la formation de son opinion, celle-ci doit être écartée.

Le savant juge du procès a noté en outre que, si le D^r Shane a parlé de conversations avec la mère de l'accusée, aucune preuve à ce sujet n'avait été soumise au jury.

Le savant juge du procès ne pouvait toutefois pas dire au jury de faire totalement abstraction du témoignage du D^r Shane. Il était tenu de signaler au jury, comme il l'a fait, l'existence d'éléments de preuve à l'appui de l'opinion du D^r Shane, savoir la déclaration de l'accusée elle-même et les dossiers d'hôpital. De fait, on pourrait même dire que le savant juge du procès a été injuste envers l'accusée en ne mentionnant pas aussi le témoignage de M. Ezako comme constituant une preuve soutenant l'opinion du D^r Shane.

Le juge Huband conclut que le juge du procès a explicitement prévenu le jury que les conversations du D^r Shane avec l'accusée et sa mère ne faisaient pas partie de la preuve soumise à la cour quand il a dit que [TRADUCTION] «il est risqué de donner grand poids» à l'opinion d'un expert lorsque les renseignements sur lesquels elle repose n'ont pas été confirmés par la preuve. Ayant cité le passage pertinent, le juge Huband poursuit à la p. 284:

[TRADUCTION] Je suppose qu'on pourrait soutenir que le savant juge du procès aurait dû dire qu'il est risqué de donner «quelque» poids à l'opinion et non pas qu'il est risqué d'y donner «grand» poids. Il aurait pu dire que l'opinion d'un expert dépend «entièrement» plutôt que «dans une grande mesure» de l'exactitude des faits sur lesquels il s'est fondé. À mon avis, cependant, le jury aurait saisi parfaitement le sens des observations du savant juge du procès. Après que le jury eut reçu ses directives et se fut retiré, les avocats ont été invités à faire des observations sur l'exposé au jury [. . .] L'avocat de la poursuite n'a formulé aucune plainte.

This accused was acquitted by a jury of her peers on the basis of self-defence, which might strike one as being somewhat fanciful. We should not, however, search out semantic excuses to order a new trial, at high public cost, in the belief that the jury should have been more skeptical and arrived at a different verdict.

3. Relevant Legislation

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

34. . . .

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and

(b) he believes on reasonable and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

4. Issues on Appeal

It should be noted that two bases for ordering a new trial are implicit in the reasons of the majority of the Court of Appeal. In finding that "absent the evidence of Dr. Shane, it is unlikely that the jury, properly instructed, would have accepted the accused's plea of self-defence" the Court of Appeal suggests that the evidence of Dr. Shane ought to have been excluded entirely. The alternative ground for allowing the Crown's appeal was that Dr. Shane's testimony was properly admitted but the trial judge's instructions with respect to it were deficient. Thus, the issues before this Court are as follows:

1. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in concluding that the jury should have considered the plea of self-defence absent the expert evidence of Dr. Shane?

2. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in holding that the trial judge's

L'accusée en l'espèce a été acquittée, par un jury composé de ses pairs, sur la base de la légitime défense, ce qui peut paraître quelque peu fantaisiste. Nous ne devons cependant pas chercher des prétextes d'ordre sémantique pour ordonner la tenue d'un nouveau procès, très coûteux pour le public, parce qu'on croit que le jury aurait dû se montrer plus sceptique et arriver à un verdict différent.

b 3. Les dispositions législatives pertinentes

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

34. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

4. Les questions faisant l'objet du pourvoi

Il faut noter que deux fondements de l'ordonnance portant tenue d'un nouveau procès se dégagent implicitement des motifs de la majorité en Cour d'appel. En concluant que «sans le témoignage du D^r Shane, il est peu probable que le jury, pour peu qu'il ait reçu des directives appropriées, aurait retenu le plaidoyer de légitime défense de l'accusée», la Cour d'appel laisse entendre que le témoignage du D^r Shane aurait dû être exclu en totalité. Le motif subsidiaire de la décision d'accueillir l'appel du ministère public était que le témoignage du D^r Shane avait été régulièrement admis en preuve, mais que l'exposé du juge du procès à son sujet était déficient. Notre Cour est donc saisie des questions suivantes:

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a conclu que le jury aurait dû examiner le plaidoyer de légitime défense sans tenir compte de la preuve d'expert du D^r Shane?

2. Est-ce à tort que la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a décidé que les directives du juge

charge to the jury with respect to Dr. Shane's expert evidence did not meet the requirements set out by this Court in *Abbey*, thus warranting a new trial?

5. Analysis

(i) *Admissibility of Expert Evidence*

In *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, this Court adopted the principle that in order for expert evidence to be admissible "the subject-matter of the inquiry must be such that ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge". More recently, this Court addressed the admissibility of expert psychiatric evidence in criminal cases in *R. v. Abbey, supra*. At page 42 of the unanimous judgment Dickson J. stated the rule as follows:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, per Lawton L.J.)

See also *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415, in which McIntyre J. speaks of an expert witness possessing "special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact".

Where expert evidence is tendered in such fields as engineering or pathology, the paucity of the lay person's knowledge is uncontroversial. The long-standing recognition that psychiatric or psychological testimony also falls within the realm of expert evidence is predicated on the realization that in some circumstances the average person may not have sufficient knowledge of or experience with

du procès au jury relativement à la preuve d'expert du D^r Shane ne satisfaisaient pas aux exigences posées par notre Cour dans l'arrêt *Abbey*, de sorte que la tenue d'un nouveau procès était justifiée?

a

5. Analyse

(i) *Admissibilité de la preuve d'expert*

Dans l'arrêt *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, notre Cour a adopté le principe selon lequel pour qu'une preuve d'expert soit admissible, [TRADUCTION] «l'objet de l'enquête doit être tel que des gens ordinaires ne pourront probablement pas en juger à bon escient sans l'aide de personnes possédant des connaissances particulières». Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, notre Cour s'est prononcée sur l'admissibilité de la preuve d'expert d'un psychiatre dans des causes criminelles. À la page 42 de l'arrêt unanime, le juge Dickson formule ainsi la règle:

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Voir aussi *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415, où le juge McIntyre dit que le témoin expert possède «des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits».

Quand une preuve d'expert est produite dans des domaines tels que le génie ou la pathologie, l'insuffisance des connaissances du profane n'est pas contestée. Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une

human behaviour to draw an appropriate inference from the facts before him or her. An example may be found in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, in which this Court approved the use of psychiatric testimony in dangerous offender applications. At page 366, La Forest J. remarks that “psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons”.

The need for expert evidence in these areas can, however, be obfuscated by the belief that judges and juries are thoroughly knowledgeable about “human nature” and that no more is needed. They are, so to speak, their own experts on human behaviour. This, in effect, was the primary submission of the Crown to this Court.

The bare facts of this case, which I think are amply supported by the evidence, are that the appellant was repeatedly abused by the deceased but did not leave him (although she twice pointed a gun at him), and ultimately shot him in the back of the head as he was leaving her room. The Crown submits that these facts disclose all the information a jury needs in order to decide whether or not the appellant acted in self-defence. I have no hesitation in rejecting the Crown’s submission.

Expert evidence on the psychological effect of battering on wives and common law partners must, it seems to me, be both relevant and necessary in the context of the present case. How can the mental state of the appellant be appreciated without it? The average member of the public (or of the jury) can be forgiven for asking: Why would a woman put up with this kind of treatment? Why should she continue to live with such a man? How could she love a partner who beat her to the point of requiring hospitalization? We would expect the woman to pack her bags and go. Where is her self-respect? Why does she not cut loose and make a new life for herself? Such is the reaction of the

connaissance ou une expérience suffisante du comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée. On en trouve un exemple dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où notre Cour approuve le recours aux témoignages de psychiatres dans le cas de contrevenants dangereux. À la page 366, le juge La Forest fait remarquer que «la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s’il est vraisemblable qu’une personne se comportera d’une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d’autres cliniciens et de profanes».

La nécessité d’une preuve d’expert dans ces domaines peut néanmoins être mise en doute en raison de la croyance que les juges et les jurys connaissent à fond la «nature humaine» et que cela suffit. Ils sont pour ainsi dire leur propre expert en matière de comportement humain. Tel est en fait le moyen principal avancé par le ministère public devant notre Cour.

Les faits essentiels du présent litige, lesquels, je crois, sont largement appuyés par la preuve, sont que l’appelante a été brutalisée à maintes reprises par Rust, mais ne l’a pas quitté (quoiqu’elle ait à deux occasions braqué un fusil sur lui), et qu’elle a finalement tiré sur lui à l’arrière de la tête alors qu’il quittait sa chambre. Le ministère public soutient que ces faits révèlent tout ce qu’un jury a besoin de savoir pour décider si l’appelante a agi en légitime défense. Je rejette sans hésitation l’argument du ministère public.

Une preuve d’expert relative à l’effet psychologique que peut avoir la violence sur les épouses et les conjointes de fait doit, me semble-t-il, être à la fois pertinente et nécessaire dans le contexte du présent litige. En effet, comment peut-on juger de l’état mental de l’appelante sans cette preuve? On peut pardonner au citoyen (ou au juré) moyen s’il se demande: Pourquoi une femme supporterait-elle ce genre de traitement? Pourquoi continuerait-elle à vivre avec un tel homme? Comment pouvait-elle aimer quelqu’un qui la battait tellement qu’elle devait être hospitalisée? On s’attendrait à ce que la femme plie bagage et s’en aille. N’a-t-elle aucun respect de soi? Pourquoi ne part-elle pas refaire sa

average person confronted with the so-called “battered wife syndrome”. We need help to understand it and help is available from trained professionals.

The gravity, indeed, the tragedy of domestic violence can hardly be overstated. Greater media attention to this phenomenon in recent years has revealed both its prevalence and its horrific impact on women from all walks of life. Far from protecting women from it the law historically sanctioned the abuse of women within marriage as an aspect of the husband’s ownership of his wife and his “right” to chastise her. One need only recall the centuries old law that a man is entitled to beat his wife with a stick “no thicker than his thumb”.

Laws do not spring out of a social vacuum. The notion that a man has a right to “discipline” his wife is deeply rooted in the history of our society. The woman’s duty was to serve her husband and to stay in the marriage at all costs “till death do us part” and to accept as her due any “punishment” that was meted out for failing to please her husband. One consequence of this attitude was that “wife battering” was rarely spoken of, rarely reported, rarely prosecuted, and even more rarely punished. Long after society abandoned its formal approval of spousal abuse tolerance of it continued and continues in some circles to this day.

Fortunately, there has been a growing awareness in recent years that no man has a right to abuse any woman under any circumstances. Legislative initiatives designed to educate police, judicial officers and the public, as well as more aggressive investigation and charging policies all signal a concerted effort by the criminal justice system to take spousal abuse seriously. However, a woman who comes before a judge or jury with the claim that she has been battered and suggests that this may be a relevant factor in evaluating her subse-

vie? Telle serait la réaction de la personne moyenne devant ce qu’il est convenu d’appeler le [TRADUCTION] «syndrome de la femme battue». Nous avons besoin d’aide pour le comprendre et a cette aide, nous pouvons l’obtenir d’experts compétents en la matière.

Il est difficile d’exagérer la gravité, voire la tragédie, de la violence domestique. L’attention b accrue portée à ce phénomène par les médias au cours des dernières années a fait ressortir aussi bien son caractère généralisé que ses conséquences terribles pour des femmes de toutes les conditions sociales. Loin de les en protéger, le droit a dans le c passé sanctionné la violence contre les femmes à l’intérieur du mariage en tant qu’aspect du droit de propriété du mari sur sa conjointe et de son «droit» de la châtier. Qu’on se rappelle simplement la loi, d en vigueur il y a plusieurs siècles, autorisant un homme à battre sa femme avec un bâton [TRADUCTION] «d’une épaisseur ne dépassant pas celle de son pouce».

Or, les lois ne naissent pas dans un vide social. e La notion qu’un homme a le droit de «discipliner» sa femme est profondément enracinée dans l’histoire de notre société. L’obligation de la femme était de servir son mari, de rester mariée à tout prix «jusqu’à ce que la mort les sépare» et de subir f toute «punition» pouvant lui être infligée pour défaut de plaire à son mari. Cette attitude a eu notamment pour conséquence que la «violence faite aux femmes» était rarement mentionnée, rarement g rapportée, rarement poursuivie et encore plus rarement punie. Bien après que la société eut cessé d’approuver officiellement la violence conjugale, on continuait, et on continue encore aujourd’hui, à h la tolérer dans certains milieux.

Heureusement, on constate depuis quelques années une conscience accrue qu’aucun homme n’a dans aucune circonstance le droit de brutaliser une femme. Des initiatives législatives destinées à sensibiliser les policiers, les officiers de justice et le public, ainsi que des politiques plus agressives en matière d’enquête et d’inculpation témoignent toutes d’un effort concerté dans le système de justice criminelle de prendre au sérieux la violence conjugale. Toutefois, une femme qui allègue devant un juge ou un jury avoir été battue, et qui

quent actions still faces the prospect of being condemned by popular mythology about domestic violence. Either she was not as badly beaten as she claims or she would have left the man long ago. Or, if she was battered that severely, she must have stayed out of some masochistic enjoyment of it.

Expert testimony on the psychological effects of battering have been admitted in American courts in recent years. In *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (1984), at p. 378, the New Jersey Supreme Court commended the value of expert testimony in these terms:

It is aimed at an area where the purported common knowledge of the jury may be very much mistaken, an area where jurors' logic, drawn from their own experience, may lead to a wholly incorrect conclusion, an area where expert knowledge would enable the jurors to disregard their prior conclusions as being common myths rather than common knowledge.

The Court concludes at p. 379 that the battering relationship is "subject to a large group of myths and stereotypes." As such, it is "beyond the ken of the average juror and thus is suitable for explanation through expert testimony." I share that view.

(ii) *The Relevance of Expert Testimony to the Elements of Self-Defence*

In my view, there are two elements of the defence under s. 34(2) of the *Code* which merit scrutiny for present purposes. The first is the temporal connection in s. 34(2)(a) between the apprehension of death or grievous bodily harm and the act allegedly taken in self-defence. Was the appellant "under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm" from Rust as he was walking out of the room? The second is the assessment in s. 34(2)(b) of the magnitude of the force used by the accused. Was the accused's belief that she could not "otherwise preserve herself from

fait valoir cela comme facteur pertinent à prendre en considération dans l'appréciation d'actes ultérieurs, risque toujours la condamnation en raison de la mythologie populaire relative à la violence domestique: Elle était certainement moins gravement battue qu'elle le prétend, sinon elle aurait quitté cet homme depuis longtemps. Ou, si elle était si sévèrement battue, elle devait rester par plaisir masochiste.

Depuis plusieurs années, les témoignages d'expert sur les effets psychologiques de la violence sont admis devant les tribunaux américains. Dans la décision *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (1984), à la p. 378, la Cour suprême du New Jersey souligne dans les termes suivants la valeur d'un témoignage d'expert:

[TRADUCTION] Il porte sur un domaine où les jurés peuvent se tromper gravement sur des faits prétendument notoires, un domaine où la logique des jurés, fondée sur leurs propres expériences, peut les mener à une conclusion tout à fait erronée, un domaine où les connaissances d'un expert permettraient aux jurés d'écarter leurs propres conclusions préconçues comme étant des mythes populaires et non pas des faits notoires.

La cour conclut à la p. 379 que la situation de la femme battue [TRADUCTION] «fait l'objet d'un grand nombre de mythes et de stéréotypes.» Cela étant, elle [TRADUCTION] «échappe aux connaissances du juré moyen et se prête en conséquence à l'élucidation par témoignage d'expert». Je partage cet avis.

(ii) *La pertinence du témoignage d'expert relativement aux éléments constituant la légitime défense*

À mon avis, le moyen de défense prévu au par. 34(2) du *Code* comporte deux éléments qui méritent l'examen en l'espèce. Il y a d'abord le lien temporel qu'établit l'al. 34(2)(a) entre l'apprehension de la mort ou de lésions corporelles graves et l'acte qu'on prétend avoir commis en légitime défense. Or, au moment où Rust quittait la chambre, l'appelante avait-elle «des motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave» infligée par lui? En second lieu, il y a l'appréciation, prévue à l'al. 34(2)(b), du degré de force employé par l'accusée. Est-ce pour des

death or grievous bodily harm” except by shooting the deceased based “on reasonable grounds”?

The feature common to both s. 34(2)(a) and (b) is the imposition of an objective standard of reasonableness on the apprehension of death and the need to repel the assault with deadly force. In *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, this Court considered the interaction of the objective and subjective components of s. 34(2), at p. 404:

Subsection (2) of s. 34 places in issue the accused's state of mind at the time he caused death. The subsection can only afford protection to the accused if he apprehended death or grievous bodily harm from the assault he was repelling and if he believed he could not preserve himself from death or grievous bodily harm otherwise than by the force he used. Nonetheless, his apprehension must be a reasonable one and his belief must be based upon reasonable and probable grounds. The subsection requires that the jury consider, and be guided by, what they decide on the evidence was the accused's appreciation of the situation and his belief as to the reaction it required, so long as there exists an objectively verifiable basis for his perception.

Since s. 34(2) places in issue the accused's perception of the attack upon him and the response required to meet it, the accused may still be found to have acted in self-defence even if he was mistaken in his perception. Reasonable and probable grounds must still exist for this mistaken perception in the sense that the mistake must have been one which an ordinary man using ordinary care could have made in the same circumstances. [Emphasis in original.]

If it strains credulity to imagine what the “ordinary man” would do in the position of a battered spouse, it is probably because men do not typically find themselves in that situation. Some women do, however. The definition of what is reasonable must be adapted to circumstances which are, by and large, foreign to the world inhabited by the hypothetical “reasonable man”.

I find the case of *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (1977), helpful in illustrating how the factor of gender can be germane to the assessment of what

«motifs raisonnables» qu'elle a cru ne pouvoir «se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves» qu'en tirant sur Rust?

a Les alinéas 34(2)a) et b) ont ce point commun qu'ils imposent une norme objective du raisonnable à l'appréhension de la mort et à la nécessité de recourir à la force meurtrière pour repousser l'attaque. Dans l'affaire *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, notre Cour examine l'interaction des éléments objectifs et subjectifs du par. 34(2), à la p. 404:

c Le paragraphe 34(2) met en cause l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a causé la mort. Ce paragraphe ne protège l'accusé que lorsque celui-ci appréhende la mort ou une lésion corporelle grave résultant de l'attaque qu'il repousse et lorsqu'il croit qu'il ne peut se soustraire à la mort ou à une lésion corporelle grave autrement que par la force qu'il a employée. Son appréhension doit néanmoins être raisonnable et sa croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables. En vertu du paragraphe, le jury doit se fonder sur ce qu'il croit, à la lumière de la preuve, être l'évaluation de la situation par l'accusé et sa perception quant à la réaction que cette situation exigeait, dans la mesure où on peut vérifier cette perception à partir d'un critère objectif.

f Étant donné que le par. 34(2) met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en légitime défense même si sa perception était faussée. Celle-ci doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances. [Souligné dans l'original.]

h S'il est difficile d'imaginer ce qu'un «homme ordinaire» ferait à la place d'un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique «homme raisonnable».

i La décision *State v. Wanrow*, 559 P.2d 548 (1977), fournit, à mon avis, une illustration utile de la manière dont le sexe peut être un facteur

is reasonable. In *Wanrow* the Washington Supreme Court addressed the standard by which a jury ought to assess the reasonableness of the female appellant's use of a gun against an unarmed intruder. The court pointed out that the appellant had reason to believe that the intruder had molested her daughter in the past and was coming back for her son. The appellant was a 5'4" woman with a broken leg. The assailant was 6'2" and intoxicated. The court first observed, at p. 558, that "in our society women suffer from a conspicuous lack of access to training in and the means of developing those skills necessary to effectively repel a male assailant without resorting to the use of deadly weapons." Later it found that the trial judge erred in his instructions to the jury by creating the impression that the objective standard of reasonableness to be applied to the accused was that of an altercation between two men. At page 559, the court makes the following remarks which I find apposite to the case before us:

The respondent was entitled to have the jury consider her actions in the light of her own perceptions of the situation, including those perceptions which were the product of our nation's "long and unfortunate history of sex discrimination." Until such time as the effects of that history are eradicated, care must be taken to assure that our self-defense instructions afford women the right to have their conduct judged in light of the individual physical handicaps which are the product of sex discrimination. To fail to do so is to deny the right of the individual woman involved to trial by the same rules which are applicable to male defendants.

I turn now to a consideration of the specific components of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*.

A. Reasonable Apprehension of Death

Section 34(2)(a) requires that an accused who intentionally causes death or grievous bodily harm in repelling an assault is justified if he or she does so "under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm". In the present case, the assault precipitating the appellant's alleged defen-

pertinent dans la détermination de ce qui est raisonnable. Dans la décision *Wanrow*, la Cour suprême du Washington examine la norme à retenir par un jury pour déterminer si l'utilisation d'une arme à feu par l'appelante contre un intrus non armé était raisonnable. La cour fait remarquer que l'appelante avait des raisons de croire que l'intrus avait déjà commis un attentat à la pudeur à l'endroit de sa fille et revenait pour son fils. L'appelante mesurait 5 pi 4 po et avait la jambe cassée. L'assaillant mesurait 6 pi 2 po et était ivre. La cour commence par faire observer, à la p. 558, que [TRADUCTION] «dans notre société les femmes manquent visiblement de possibilités d'acquérir et de développer les aptitudes nécessaires pour repousser efficacement un assaillant du sexe masculin sans avoir recours à des armes meurtrières.» Plus loin, elle conclut que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury en ce sens qu'il lui avait donné l'impression que le critère objectif du caractère raisonnable à appliquer à l'accusée était celui d'une altercation entre deux hommes. À la page 559, la cour fait les observations suivantes que j'estime pertinentes en l'espèce:

[TRADUCTION] L'intimée avait droit à ce que le jury examine ses actes à la lumière de ses propres perceptions de la situation, notamment celles résultant de notre «longue et regrettable tradition de discrimination fondée sur le sexe». Tant que les effets de cette tradition n'auront pas été supprimés, nous devons veiller à ce que les directives que nous donnons relativement à la légitime défense accordent aux femmes le droit de faire juger leur conduite à la lumière des handicaps physiques individuels qui résultent de la discrimination fondée sur le sexe. Sinon on se trouvera à refuser à l'intéressée le droit d'être jugée selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux défendeurs du sexe masculin.

Ceci m'amène à l'examen de chacun des éléments du moyen de la légitime défense prévu au par. 34(2) du *Code criminel*.

A. Motifs raisonnables pour appréhender la mort

Aux termes de l'al. 34(2)a), un accusé qui cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant une attaque est justifié s'il a «des motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle grave». En l'espèce, l'attaque qui a provoqué l'acte, défensif selon

sive act was Rust's threat to kill her when everyone else had gone.

It will be observed that s. 34(2)(a) does not actually stipulate that the accused apprehend imminent danger when he or she acts. Case law has, however, read that requirement into the defence: see *Reilly v. The Queen, supra*; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22 (Ont. C.A.); *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403 (Ont. C.A.) The sense in which "imminent" is used conjures up the image of "an uplifted knife" or a pointed gun. The rationale for the imminence rule seems obvious. The law of self-defence is designed to ensure that the use of defensive force is really necessary. It justifies the act because the defender reasonably believed that he or she had no alternative but to take the attacker's life. If there is a significant time interval between the original unlawful assault and the accused's response, one tends to suspect that the accused was motivated by revenge rather than self-defence. In the paradigmatic case of a one-time barroom brawl between two men of equal size and strength, this inference makes sense. How can one feel endangered to the point of firing a gun at an unarmed man who utters a death threat, then turns his back and walks out of the room? One cannot be certain of the gravity of the threat or his capacity to carry it out. Besides, one can always take the opportunity to flee or to call the police. If he comes back and raises his fist, one can respond in kind if need be. These are the tacit assumptions that underlie the imminence rule.

All of these assumptions were brought to bear on the respondent in *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449 (N.S.C.A.) The respondent, Jane Stafford, shot her sleeping common law husband as he lay passed out in his truck. The evidence at trial indicated that the deceased "dominated the household and exerted his authority by striking and slapping the various members and from time to time administering beatings to Jane Stafford and the others" (at p. 452). The respondent testi-

elle, commis par l'appelant a été la menace de Rust de la tuer quand tous les autres seraient partis.

^a Il faut noter que l'al. 34(2)a) ne porte pas expressément que l'accusé doit appréhender un danger imminent quand il accomplit l'acte. La jurisprudence a néanmoins interprété ce moyen de défense comme comportant une telle exigence: voir ^b *Reilly c. La Reine, précité*; *R. v. Baxter* (1975), 33 C.R.N.S. 22 (C.A. Ont.); *R. v. Bogue* (1976), 30 C.C.C. (2d) 403 (C.A. Ont.) Le sens prêté au mot «imminent» évoque l'image du «couteau levé» ou du fusil braqué sur une personne. La raison d'être de la règle de l'imminence paraît évidente. Le droit en matière de légitime défense est conçu pour assurer que le recours à la force à des fins défensives est vraiment nécessaire. L'acte est justifié du fait que ^c la personne qui se défendait croyait pour des motifs raisonnables ne pouvoir faire autrement qu'ôter la vie à son assaillant. Or, s'il y a un laps de temps important entre la première agression illégale et la riposte de l'accusé, on est porté à ^d soupçonner que ce dernier a été mû par la vengeance plutôt que par la nécessité de se défendre. Dans le cas type de l'échauffourée dans un bar entre deux hommes de taille et de force égales, cette inférence est logique. En effet, comment ^e peut-on se sentir en danger au point de tirer sur un homme non armé lorsque celui-ci profère une menace de mort, puis se retourne et quitte la pièce? On ne peut être certain ni du sérieux de la menace ni de la capacité de celui qui l'a faite de ^f l'exécuter. D'autre part, on a toujours la possibilité de s'enfuir ou d'appeler la police. S'il revient et qu'il lève le poing, on peut, au besoin, répondre de la même façon. Voilà les présomptions tacites qui ^g sous-tendent la règle de l'imminence. ^h

Chacune de ces présomptions a été appliquée à l'intimée dans l'affaire *R. v. Whynot* (1983), 9 C.C.C. 449 (C.A.N.-É.) L'intimée, Jane Stafford, avait tiré sur son conjoint endormi alors qu'il était étendu sans connaissance dans son camion. D'après la preuve, le défunt [TRADUCTION] «dominait le foyer et exerçait son autorité en administrant des coups et des gifles aux différents membres de la famille et en battant de temps à autre Jane Stafford et les autres» (à la p. 452). L'intimée

fied that the deceased threatened to kill all of the members of her family, one by one, if she tried to leave him. On the night in question he threatened to kill her son. After he passed out the respondent got one of the many shotguns kept by her husband and shot him. The Nova Scotia Court of Appeal held that the trial judge erred in leaving s. 37 (preventing assault against oneself or anyone under one's protection) with the jury. The Court stated at p. 464:

I do not believe that the trial judge was justified in placing s. 37 of the *Code* before the jury any more than he would have been justified in giving them s. 34. Under s. 34 the assault must have been underway and unprovoked, and under s. 37 the assault must be such that it is necessary to defend the person assaulted by the use of force. No more force may be used than necessary to prevent the assault or the repetition of it. In my opinion, no person has the right in anticipation of an assault that may or may not happen, to apply force to prevent the imaginary assault.

The implication of the Court's reasoning is that it is inherently unreasonable to apprehend death or grievous bodily harm unless and until the physical assault is actually in progress, at which point the victim can presumably gauge the requisite amount of force needed to repel the attack and act accordingly. In my view, expert testimony can cast doubt on these assumptions as they are applied in the context of a battered wife's efforts to repel an assault.

The situation of the appellant was not unlike that of Jane Stafford in the sense that she too was routinely beaten over the course of her relationship with the man she ultimately killed. According to the testimony of Dr. Shane these assaults were not entirely random in their occurrence. The following exchange during direct examination elicited a discernible pattern to the abuse:

Q. How did they react during the tension that preceded the beatings? How would her . . .

A. Well, typically before a beating there's usually some verbal interchange and there are threats and typically

a témoigné que son mari avait menacé de tuer un à un tous les membres de sa famille si elle essayait de le quitter. La nuit en question il a menacé de tuer son fils. Après qu'il eut perdu connaissance, l'intimée est allée chercher l'un des nombreux fusils de chasse de son mari et a tiré sur lui. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que c'était à tort que le juge du procès avait soumis au jury l'art. 37 (le fait d'empêcher une attaque contre soi-même ou contre toute personne placée sous sa protection). La cour dit, à la p. 464:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le juge du procès ait eu davantage raison de soumettre au jury l'art. 37 du *Code* qu'il n'aurait eu de lui soumettre l'art. 34. Dans le cas de l'art. 34, il doit s'agir d'une attaque qui est en cours et qui n'a pas été provoquée, et dans celui de l'art. 37, l'attaque doit être de telle nature que le recours à la force s'impose pour défendre la victime de l'agression. La force employée ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour repousser l'attaque en question ou pour prévenir une nouvelle attaque. À mon avis, nul n'a le droit d'user de force pour empêcher une attaque imaginée qui peut ou non se concrétiser.

Il ressort implicitement du raisonnement de la cour qu'il est fondamentalement déraisonnable d'appréhender la mort ou une lésion corporelle grave tant que l'agression n'est pas réellement en cours et, à ce moment-là, doit-on supposer, la victime est en mesure d'apprécier le degré de force requise pour repousser l'attaque et d'agir en conséquence. Selon moi, un témoignage d'expert peut mettre en doute ces présomptions lorsqu'elles sont appliquées dans le contexte des tentatives d'une femme battue de repousser une agression.

La situation de l'appelante en l'espèce n'est pas dissemblable de celle de Jane Stafford en ce sens qu'elle aussi a été régulièrement battue pendant la durée de ses relations avec l'homme qu'elle a fini par tuer. D'après le témoignage du Dr Shane, ces agressions ne se produisaient pas tout à fait au hasard. Le dialogue suivant, qui a eu lieu au cours de l'interrogatoire principal, indique que la violence suivait un cycle discernable d'abus:

[TRADUCTION]

Q. Comment réagissaient-ils face à la tension qui précédait les agressions? Comment . . .

R. Bien, normalement avant une agression il y avait des échanges verbaux et des menaces et, ordinairement, elle

she would feel, you know, very threatened by him and for various reasons.

He didn't like the way she dressed or if she — didn't like the way she handled money or she wasn't paying him enough attention or she was looking at other men, all sorts of reasons, and she would be defending herself, trying to placate him, which was typical, saying, you know, trying to calm him down, trying to soothe him, you know, so nothing violent would happen and sometimes it would work. You know, as people's experiences indicated or as people who write about this process, if you will, have indicated.

But often, as reflected by what she has told me, and the information I have from other people, such as her mother, often it would fail and she would end up being beaten and assaulted.

Q. And that would be followed by this forgiveness state?

A. It typically would be followed by, you know, this make-up period.

Earlier in his testimony Dr. Shane explained how this "make-up" period would be characterized by contrite and affectionate behaviour by Rust:

In this particular case she documented many times, after he would beat her, he would send her flowers and he would beg her for forgiveness and he would love her and then the relationship would come back to a sense of equilibrium, if you will. . . . But then, because of the nature of the personalities, it would occur again.

The cycle described by Dr. Shane conforms to the Walker Cycle Theory of Violence named for clinical psychologist Dr. Lenore Walker, the pioneer researcher in the field of the battered wife syndrome. Dr. Shane acknowledged his debt to Dr. Walker in the course of establishing his credentials as an expert at trial. Dr. Walker first describes the cycle in the book *The Battered Woman*, (1979). In her 1984 book, *The Battered Woman Syndrome*, Dr. Walker reports the results of a study involving 400 battered women. Her research was designed to test empirically the theories expounded in her earlier book. At pages 95-96 of *The Battered Woman Syndrome* she summarizes the Cycle Theory as follows:

se sentait, voyez-vous, très menacée par lui et pour différentes raisons.

Il n'aimait pas la façon dont elle s'habillait ou si elle [...] il n'aimait pas la façon dont elle gérait l'argent ou elle ne se montrait pas assez attentionnée à son égard ou elle regardait d'autres hommes, toutes sortes de raisons, et elle essayait de se justifier, de l'apaiser, ce qui était typique, voyez-vous, en essayant de le calmer, de l'amener à des dispositions plus favorables afin qu'il n'use pas de violence et parfois cela réussissait. Comme l'indiquent les expériences vécues ou comme l'ont indiqué, si vous voulez, les personnes qui ont écrit au sujet de ce processus . . .

Mais souvent, et c'est ce qui ressort de ce qu'elle m'a dit et de ce que j'ai pu apprendre notamment de sa mère, souvent cela ne marchait pas et elle finissait par se faire battre et agresser.

Q. Et cela était suivi du pardon?

R. Cela était suivi normalement, voyez-vous, de la période de réconciliation.

Antérieurement, dans son témoignage, le D^r Shane avait expliqué que cette période de «réconciliation» était caractérisée par des manifestations de contrition et d'affection de la part de Rust:

[TRADUCTION] Dans ce cas précis, elle a révélé qu'à maintes occasions, après l'avoir battue, il lui envoyait des fleurs et implorait le pardon et il lui témoignait de l'amour et puis leurs rapports retrouvaient un certain équilibre, si vous voulez [...] Mais ensuite, à cause de leurs personnalités, tout recommençait.

Le cycle décrit par le D^r Shane s'accorde avec la théorie Walker du caractère cyclique de la violence, théorie qui doit son nom à la psychologue clinicienne Lenore Walker, qui a fait œuvre de pionnier dans ses recherches sur le syndrome des femmes battues. En établissant sa qualité d'expert au procès, le D^r Shane s'est reconnu redevable à Walker. Cette dernière décrit le cycle pour la première fois dans son livre *The Battered Woman*, (1979). Dans son livre de 1984 intitulé *The Battered Woman Syndrome*, Walker fait état des résultats d'une étude portant sur 400 femmes battues. Ses recherches visaient à vérifier empiriquement les théories formulées dans son livre antérieur. Aux pages 95 et 96 de *The Battered Woman Syndrome*, elle résume ainsi la théorie du caractère cyclique:

A second major theory that was tested in this project is the Walker Cycle Theory of Violence (Walker, 1979). This tension reduction theory states that there are three distinct phases associated in a recurring battering cycle: (1) tension building, (2) the acute battering incident, and (3) loving contrition. During the first phase, there is a gradual escalation of tension displayed by discrete acts causing increased friction such as name-calling, other mean intentional behaviors, and/or physical abuse. The batterer expresses dissatisfaction and hostility but not in an extreme or maximally explosive form. The woman attempts to placate the batterer, doing what she thinks might please him, calm him down, or at least, what will not further aggravate him. She tries not to respond to his hostile actions and uses general anger reduction techniques. Often she succeeds for a little while which reinforces her unrealistic belief that she can control this man

The tension continues to escalate and eventually she is unable to continue controlling his angry response pattern. "Exhausted from the constant stress, she usually withdraws from the batterer, fearing she will inadvertently set off an explosion. He begins to move more oppressively toward her as he observes her withdrawal Tension between the two becomes unbearable" (Walker, 1979, p. 59). The second phase, the acute battering incident, becomes inevitable without intervention. Sometimes, she precipitates the inevitable explosion so as to control where and when it occurs, allowing her to take better precautions to minimize her injuries and pain.

"Phase two is characterized by the uncontrollable discharge of the tensions that have built up during phase one" (p. 59). The batterer typically unleashes a barrage of verbal and physical aggression that can leave the woman severely shaken and injured. In fact, when injuries do occur it usually happens during this second phase. It is also the time police become involved, if they are called at all. The acute battering phase is concluded when the batterer stops, usually bringing with its cessation a sharp physiological reduction in tension. This in itself is naturally reinforcing. Violence often succeeds because it does work.

In phase three which follows, the batterer may apologize profusely, try to assist his victim, show kindness and

[TRADUCTION] Une deuxième théorie importante vérifiée dans le cadre de cette étude est la théorie Walker du caractère cyclique de la violence (Walker, 1979). Suivant cette théorie de la réduction de tension, le cycle de violence répétée comporte trois phases distinctes: (1) l'accroissement de la tension, (2) l'incident de violence grave et (3) la contrition assortie de manifestations d'amour. La phase initiale se caractérise par une augmentation graduelle de la tension se traduisant par des actes précis qui accroissent les frictions, par exemple le recours aux injures, à la méchanceté intentionnelle ou aux mauvais traitements physiques. L'agresseur exprime de l'insatisfaction et de l'hostilité, mais non à outrance. La femme tente de l'apaiser, faisant ce qu'elle pense susceptible de lui plaire, de le calmer ou, à tout le moins, de ne pas l'irriter davantage. Elle essaie de ne pas riposter à ses gestes hostiles et se sert de méthodes générales de réduction de colère. Bien souvent elle y réussit pendant quelque temps, ce qui la renforce dans sa conviction irréaliste qu'elle peut maîtriser cet homme

La tension continue à monter et enfin la femme ne peut plus atténuer les réactions coléreuses de l'homme. «Exténuée par le stress constant auquel elle est soumise, elle fuit habituellement la présence de l'agresseur, craignant de déclencher par inadvertance une explosion. Constatant son retrait, il commence à se montrer de plus en plus oppressif à son égard [. . .] La tension entre les deux devient insupportable» (Walker, 1979, p. 59). La deuxième phase, celle de l'incident de violence grave, devient dès lors inévitable en l'absence de l'intervention d'un tiers. Parfois, c'est elle qui provoque l'éruption inévitable de colère afin d'en déterminer le lieu et le moment, ce qui lui permet de prendre de meilleures dispositions pour réduire au minimum les blessures et la douleur.

«La deuxième phase se caractérise par l'éruption incontrôlable des tensions créées au cours de la phase initiale» (p. 59). Dans un cas typique, l'agresseur lâche sur la femme une avalanche d'agression verbale et physique qui peut laisser la femme fortement ébranlée et gravement blessée. En fait lorsqu'il y a des blessures, c'est normalement au cours de cette deuxième phase. C'est alors également qu'intervient la police, si tant est qu'on l'appelle. La phase de la violence grave prend fin au moment où l'agresseur arrête, ce qui amène habituellement une réduction physiologique marquée de la tension. Ce phénomène a lui-même un effet naturel de renforcement. Souvent la violence réussit précisément parce qu'elle est efficace.

À la troisième phase qui suit, il se peut que l'agresseur fasse des excuses, qu'il essaie d'aider sa victime, qu'il lui

remorse, and shower her with gifts and/or promises. The batterer himself may believe at this point that he will never allow himself to be violent again. The woman wants to believe the batterer and, early in the relationship at least, may renew her hope in his ability to change. This third phase provides the positive reinforcement for remaining in the relationship, for the woman. In fact, our results showed that phase three could also be characterized by an absence of tension or violence, and no observable loving-contrition behavior, and still be reinforcing for the woman.

Dr. Walker defines a battered woman as a woman who has gone through the battering cycle at least twice. As she explains in her introduction to *The Battered Woman*, at p. xv, "Any woman may find herself in an abusive relationship with a man once. If it occurs a second time, and she remains in the situation, she is defined as a battered woman."

Given the relational context in which the violence occurs, the mental state of an accused at the critical moment she pulls the trigger cannot be understood except in terms of the cumulative effect of months or years of brutality. As Dr. Shane explained in his testimony, the deterioration of the relationship between the appellant and Rust in the period immediately preceding the killing led to feelings of escalating terror on the part of the appellant:

But their relationship some weeks to months before was definitely escalating in terms of tension and in terms of the discordant quality about it. They were sleeping in separate bedrooms. Their intimate relationship was lacking and things were building and building and to a point, I think, where it built to that particular point where she couldn't — she felt so threatened and so overwhelmed that she had to — that she reacted in a violent way because of her fear of survival and also because, I think because of her, I guess, final sense that she was — that she had to defend herself and her own sense of violence towards this man who had really desecrated her and damaged her for so long.

Another aspect of the cyclical nature of the abuse is that it begets a degree of predictability to the violence that is absent in an isolated violent encounter between two strangers. This also means that it may in fact be possible for a battered spouse to accurately predict the onset of violence

témoigne de la gentillesse et du remords et qu'il la comble de cadeaux ou de promesses. L'agresseur lui-même peut croire à ce stade-ci qu'il ne se laissera plus jamais aller à la violence. La femme veut le croire et, du moins au début de leurs relations, l'espoir qu'il pourra changer renaîtra peut-être en elle. Cette troisième phase encourage la femme à rester avec l'homme. En fait, d'après nos constatations, la troisième phase pourrait aussi être caractérisée par l'absence de tension ou de violence, sans marque observable d'amour-contrition, et être cependant encourageant pour la femme.

Walker définit comme battue une femme qui a vécu au moins deux fois le cycle de violence. Comme elle l'explique dans son introduction à *The Battered Woman*, à la p. xv: [TRADUCTION] «Toute femme peut subir la violence une fois dans ses rapports avec un homme. Si cela se reproduit et qu'elle ne fuit pas cette situation, elle est définie comme une femme battue.»

Étant donné le contexte relationnel dans lequel la violence survient, l'état mental de l'accusée au moment critique où elle appuie sur la détente ne saurait se comprendre qu'à la lumière des effets cumulatifs d'une brutalité subie pendant des mois ou des années. Comme le dit le D^r Shane dans son témoignage, la détérioration des rapports entre l'appelante et Rust au cours de la période qui a précédé immédiatement l'homicide a amené chez l'appelante des sentiments croissants de terreur:

[TRADUCTION] Mais dans les semaines et les mois précédents il y avait certainement dans leurs rapports une tension et une discorde accrues. Ils faisaient chambre à part. Leurs rapports manquaient d'intimité et la situation allait en s'aggravant, à un point tel, je crois, qu'elle ne pouvait pas [...] Elle se sentait tellement menacée et tellement accablée qu'elle devait [...] qu'elle a réagi avec violence parce qu'elle craignait pour sa vie et aussi parce que, je crois [...] en raison du sentiment, je dirais, qu'elle avait en dernière analyse qu'elle était [...] qu'elle devait se défendre, et en raison de ses propres sentiments de violence envers cet homme qui l'avait vraiment brutalisée et lui avait nui pendant si longtemps.

Un autre aspect de la nature cyclique des mauvais traitements tient à ce qu'ils donnent à la violence un degré de prévisibilité qu'on ne trouve pas dans un incident isolé de violence entre deux personnes qui ne se connaissent pas. Cela signifie aussi qu'il se peut en fait qu'une femme battue soit

before the first blow is struck, even if an outsider to the relationship cannot. Indeed, it has been suggested that a battered woman's knowledge of her partner's violence is so heightened that she is able to anticipate the nature and extent (though not the onset) of the violence by his conduct beforehand. In her article "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227, psychologist Julie Blackman describes this characteristic, at p. 229:

Repeated instances of violence enable battered women to develop a continuum along which they can "rate" the tolerability or survivability of episodes of their partner's violence. Thus, signs of unusual violence are detected. For battered women, this response to the ongoing violence of their situations is a survival skill. Research shows that battered women who kill experience remarkably severe and frequent violence relative to battered women who do not kill. They know what sorts of danger are familiar and which are novel. They have had myriad opportunities to develop and hone their perceptions of their partner's violence. And, importantly, they can say what made the final episode of violence different from the others: they can name the features of the last battering that enabled them to know that this episode would result in life-threatening action by the abuser.

At page 236, Dr. Blackman relates the role of expert testimony in cases where a battered woman kills her batterer while he is sleeping (or not actively posing a threat to her) and pleads self-defence:

Perhaps the single most important idea conveyed by expert testimony in such a case pertains to the notion that a battered woman, because of her extensive experience with her abuser's violence, can detect changes or signs of novelty in the pattern of normal violence that connote increased danger. Support for this assertion must come from the woman herself, in her spontaneous, self-initiated description of the events that precede her action against the abuser. Only then can testimony from an expert offer scientific support for the idea that such a

en mesure de prédire avec certitude que la violence aura lieu avant que le premier coup soit porté, même si une personne étrangère à la situation ne peut le prédire. On a dit en fait qu'une femme battue connaît tellement bien la violence de son partenaire que le comportement de celui-ci lui permet de prévoir la nature et l'ampleur (mais non le moment) de cette violence. Dans son article intitulé «Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill» (1986), 9 *Women's Rights Law Reporter* 227, à la p. 229, la psychologue Julie Blackman décrit ce phénomène:

[TRADUCTION] La violence répétée permet aux femmes battues d'établir une échelle dont elles peuvent se servir pour «évaluer» la possibilité de supporter un accès de violence chez leur partenaire ou d'y survivre. Aussi arrivent-elles à discerner les indices d'une violence inhabituelle. Pour les femmes battues, cette capacité de réaction à la violence à laquelle elles sont constamment exposées est un outil de survie. Il ressort des recherches que les femmes battues qui ont recours à l'homicide subissent une violence particulièrement grave et fréquente par rapport à celles qui ne commettent pas l'homicide. Elles savent distinguer entre les types de danger qu'elles connaissent et ceux qui sont nouveaux. Elles ont eu d'innombrables occasions d'apprendre à connaître la violence de leur partenaire et de perfectionner cette connaissance. Et, il importe de le souligner, elles sont en mesure de dire en quoi l'ultime incident de violence différerait des autres: elles sont capables de préciser les aspects de la dernière agression qui leur ont permis de se rendre compte que cette fois-ci l'incident aboutirait à un acte de la part de l'agresseur qui mettrait leur vie en danger.

À la page 236, Blackman expose le rôle du témoignage d'expert dans des cas où une femme battue tue son agresseur pendant qu'il dort (ou quand il ne la menace pas activement) et plaide la légitime défense:

[TRADUCTION] L'idée la plus importante peut-être qui se dégage du témoignage d'un expert dans un tel cas est celle qu'une femme battue, en raison de sa vaste expérience de la violence de son agresseur, peut discerner dans cette violence des changements ou des signes de nouveauté qui sont indicatifs d'un danger accru. Une telle assertion doit être étayée par la femme elle-même dans un récit spontané, fait de sa propre initiative, des événements antérieurs à l'acte qu'elle a commis contre son agresseur. C'est alors seulement que le témoignage

danger detection process can occur and can be expected to be as accurate as the "reasonable man" standard would imply.

Of course, as Dr. Blackman points out, it is up to the jury to decide whether the distinction drawn between "typical" violence and the particular events the accused perceived as "life threatening" is compelling. According to the appellant's statement to police, Rust actually handed her a shotgun and warned her that if she did not kill him, he would kill her. I note in passing a remarkable observation made by Dr. Walker in her 1984 study *The Battered Woman Syndrome*. Writing about the fifty battered women she interviewed who had killed their partners, she comments at p. 40:

Most of the time the women killed the men with a gun; usually one of several that belonged to him. Many of the men actually dared or demanded the woman use the gun on him first, or else he said he'd kill her with it. [Emphasis added.]

Where evidence exists that an accused is in a battering relationship, expert testimony can assist the jury in determining whether the accused had a "reasonable" apprehension of death when she acted by explaining the heightened sensitivity of a battered woman to her partner's acts. Without such testimony I am skeptical that the average fact-finder would be capable of appreciating why her subjective fear may have been reasonable in the context of the relationship. After all, the hypothetical "reasonable man" observing only the final incident may have been unlikely to recognize the batterer's threat as potentially lethal. Using the case at bar as an example the "reasonable man" might have thought, as the majority of the Court of Appeal seemed to, that it was unlikely that Rust would make good on his threat to kill the appellant that night because they had guests staying overnight.

d'un expert peut donner une base scientifique à la notion qu'un tel procédé de détection de danger peut exister, et on peut s'attendre à ce qu'il donne des résultats aussi exacts que le laisse supposer la norme de «l'homme raisonnable».

Bien entendu, comme le fait remarquer Blackman, il appartient au jury de décider du caractère convaincant de la distinction faite entre la violence «typique» et les événements particuliers perçus par l'accusée comme «dangereux pour sa vie». D'après la déclaration de l'appelante à la police, Rust lui a en fait remis une carabine en la prévenant que si elle ne le tuait pas c'était lui qui la tuerait. Je signale en passant une observation remarquable faite par Walker dans son étude de 1984 intitulée *The Battered Woman Syndrome*. À la page 40, elle écrit au sujet des cinquante femmes battues qui avaient tué leur partenaire et qui ont été interviewées par elle:

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas les femmes ont tué l'homme avec une arme à feu, le plus souvent une des armes appartenant à celui-ci. Un grand nombre de ces hommes ont même défié la femme ou lui ont ordonné de tirer la première, disant que sinon ils se serviraient eux-mêmes de l'arme pour la tuer. [Je souligne.]

En présence d'une preuve établissant qu'une accusée est victime de violence, le témoignage d'expert peut, en expliquant la sensibilité accrue de la femme battue aux actes de son partenaire, aider le jury à décider si cette accusée avait des motifs «raisonnables» pour appréhender la mort au moment où elle a agi. Je doute qu'en l'absence d'un tel témoignage, le juge des faits moyen soit en mesure de comprendre pourquoi sa crainte subjective a pu être raisonnable dans le contexte de la situation dans laquelle elle se trouvait. Après tout, «l'homme raisonnable» hypothétique qui n'est témoin que de l'incident final ne pourrait vraisemblablement pas reconnaître la menace de l'agresseur comme comportant un danger de mort. Si l'on prend la présente instance à titre d'exemple, «l'homme raisonnable» aurait pu croire, ainsi que semble l'avoir fait la majorité en Cour d'appel, qu'il était peu probable que Rust exécute sa menace de tuer l'appelante cette nuit-là étant donné que des amis passaient la nuit chez eux.

The issue is not, however, what an outsider would have reasonably perceived but what the accused reasonably perceived, given her situation and her experience.

Even accepting that a battered woman may be uniquely sensitized to danger from her batterer, it may yet be contended that the law ought to require her to wait until the knife is uplifted, the gun pointed or the fist clenched before her apprehension is deemed reasonable. This would allegedly reduce the risk that the woman is mistaken in her fear, although the law does not require her fear to be correct, only reasonable. In response to this contention, I need only point to the observation made by Huband J.A. that the evidence showed that when the appellant and Rust physically fought the appellant “invariably got the worst of it”. I do not think it is an unwarranted generalization to say that due to their size, strength, socialization and lack of training, women are typically no match for men in hand-to-hand combat. The requirement imposed in *Whynot* that a battered woman wait until the physical assault is “underway” before her apprehensions can be validated in law would, in the words of an American court, be tantamount to sentencing her to ‘murder by installment’: *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986), at p. 1271. I share the view expressed by Willoughby in “Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer” (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169, at p. 184, that “society gains nothing, except perhaps the additional risk that the battered woman will herself be killed, because she must wait until her abusive husband instigates another battering episode before she can justifiably act”.

B. Lack of Alternatives to Self-Help

Section 34(2) requires an accused who pleads self-defence to believe “on reasonable grounds” that it is not possible to otherwise preserve him or herself from death or grievous bodily harm. The

Toutefois la question n'est pas de savoir ce qu'un étranger aurait raisonnablement cru mais bien de savoir ce que l'accusée a raisonnablement cru, compte tenu de sa situation et de ses expériences antérieures.

Même s'il est admis qu'une femme battue peut avoir une sensibilité toute particulière au danger présenté par son agresseur, encore peut-on prétendre que le droit devrait exiger qu'elle attende que le couteau soit levé, le fusil braqué sur elle ou le poing serré, pour que son appréhension soit jugée raisonnable. Cela, soutient-on, diminuerait le risque que la crainte de la femme soit mal fondée, quoique le droit n'exige pas que sa crainte soit bien fondée, mais seulement qu'elle soit raisonnable. Pour répondre à cet argument, il suffit que je cite le juge Huband, qui a dit que, d'après la preuve, quand l'appelante et Rust en venaient aux coups, c'était «invariablement elle qui en sortait perdante». Je ne crois pas que ce soit une généralisation injustifiée d'affirmer qu'en raison de leur taille, leur force, leur socialisation et leur manque d'entraînement, les femmes sont normalement incapables de se mesurer aux hommes au corps à corps. L'exigence, posée dans l'arrêt *Whynot*, qu'une femme battue attende que l'agression soit «en cours» pour que ses appréhensions soient reconnues comme juridiquement valables reviendrait, pour reprendre la formule d'un tribunal américain, à la condamner au [TRADUCTION] «meurtre à tempérament»: *State v. Gallegos*, 719 P.2d 1268 (N.M. 1986), à la p. 1271. Je partage l'avis, exprimé par Willoughby dans «Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer» (1989), 38 *Kan. L. Rev.* 169, à la p. 184, que [TRADUCTION] «cela n'apporte rien à la société, si ce n'est peut-être le risque accru que la femme battue soit elle-même tuée, de l'obliger à attendre que le mari qui la maltraite se remette à la battre, pour pouvoir agir avec justification».

B. L'absence d'autres solutions que l'initiative personnelle

Aux termes du par. 34(2), l'accusé qui plaide la légitime défense doit croire «pour des motifs raisonnables» qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

obvious question is if the violence was so intolerable, why did the appellant not leave her abuser long ago? This question does not really go to whether she had an alternative to killing the deceased at the critical moment. Rather, it plays on the popular myth already referred to that a woman who says she was battered yet stayed with her batterer was either not as badly beaten as she claimed or else she liked it. Nevertheless, to the extent that her failure to leave the abusive relationship earlier may be used in support of the proposition that she was free to leave at the final moment, expert testimony can provide useful insights. Dr. Shane attempted to explain in his testimony how and why, in the case at bar, the appellant remained with Rust:

She had stayed in this relationship, I think, because of the strange, almost unbelievable, but yet it happens, relationship that sometimes develops between people who develop this very disturbed, I think, very disturbed quality of a relationship. Trying to understand it, I think, isn't always easy and there's been a lot written about it recently, in the recent years, in psychiatric literature. But basically it involves two people who are involved in what appears to be an attachment which may have sexual or romantic or affectionate overtones.

And the one individual, and it's usually the women in our society, but there have been occasions where it's been reversed, but what happens is the spouse who becomes battered, if you will, stays in the relationship probably because of a number of reasons.

One is that the spouse gets beaten so badly — so badly — that he or she loses the motivation to react and becomes helpless and becomes powerless. And it's also been shown sometimes, you know, in — not that you can compare animals to human beings, but in laboratories, what you do if you shock an animal, after a while it can't respond to a threat of its life. It becomes just helpless and lies there in an amotivational state, if you will, where it feels there's no power and there's no energy to do anything.

So in a sense it happens in human beings as well. It's almost like a concentration camp, if you will. You get paralyzed with fear.

The other thing that happens often in these types of relationships with human beings is that the person who

On se demande évidemment pourquoi, si la violence était réellement intolérable, l'appelante n'a pas quitté son agresseur bien auparavant. Or, cela ne permet pas de répondre à la question de savoir si elle avait un autre choix que l'homicide au moment critique. Il s'agit plutôt d'une question inspirée du mythe populaire, déjà évoqué, selon lequel, si une femme dit avoir été battue mais a continué à vivre avec l'homme qui la battait, elle n'était sans doute pas aussi sévèrement battue qu'elle le prétend, ou aimait cela. Néanmoins, dans la mesure où le fait qu'elle n'ait pas fui la violence auparavant peut être invoqué à l'appui de l'affirmation qu'elle était libre de s'en aller au moment ultime, le témoignage d'expert peut apporter des éclaircissements utiles. Le D^r Shane a tenté d'expliquer dans son témoignage comment et pourquoi, en l'espèce, l'appelante est restée avec Rust:

[TRADUCTION] Elle est restée dans cette situation, je crois, à cause du lien étrange, presque incroyable, qui existe pourtant, qui se forme parfois entre des personnes dont les rapports présentent, je crois, ce caractère très trouble. Il n'est pas toujours facile, je pense, d'arriver à comprendre ce phénomène et on a beaucoup écrit à ce sujet au cours des dernières années dans les ouvrages de psychiatrie. Il s'agit essentiellement de deux personnes ayant entre elles ce qui paraissent être des liens pouvant présenter des aspects sexuels, sentimentaux ou affectueux.

L'une de ces personnes, et dans notre société habituellement la femme, bien que l'inverse se soit parfois produit, mais ce qui arrive c'est que le conjoint qui se fait battre, si vous voulez, reste dans cette situation probablement pour plusieurs raisons.

Une raison est que le conjoint se fait battre si sévèrement [...] si sévèrement [...] qu'il perd la motivation requise pour réagir et devient impuissant, tout à fait impuissant. Et il a été démontré que parfois, voyez-vous, dans — non pas qu'on puisse comparer les animaux et les êtres humains — mais dans les laboratoires, quand un animal est soumis à des chocs, après un certain temps, il n'est plus capable de réagir lorsque sa vie est menacée. Il devient simplement impuissant et reste là dans un état apathique, si vous voulez, et sent qu'il n'a pas la force ni l'énergie de faire quoi que ce soit.

Donc, dans un sens, cela se produit également chez les êtres humains. C'est presque comme un camp de concentration, si vous voulez. On est paralysé par la peur.

Il arrive souvent aussi dans ce genre de rapports entre humains que la personne qui inflige les coups ou commet

beats or assaults, who batters, often tries — he makes up and begs for forgiveness. And this individual, who basically has a very disturbed or damaged self-esteem, all of a sudden feels that he or she — we'll use women in this case because it's so much more common — the spouse feels that she again can do the spouse a favour and it can make her feel needed and boost her self-esteem for a while and make her feel worthwhile and the spouse says he'll forgive her and whatnot.

Apparently, another manifestation of this victimization is a reluctance to disclose to others the fact or extent of the beatings. For example, the hospital records indicate that on each occasion the appellant attended the emergency department to be treated for various injuries she explained the cause of those injuries as accidental. Both in its address to the jury and in its written submissions before this Court the Crown insisted that the appellant's injuries were as consistent with her explanations as with being battered and, therefore, in the words of Crown counsel at trial, "the myth is, in this particular case, that Miss Lavallee was a battered spouse". In his testimony Dr. Shane testified that the appellant admitted to him that she lied to hospital staff and others about the cause of her injuries. In Dr. Shane's opinion this was consistent with her overall feeling of being trapped and helpless:

... she would never say that she'd been abused by the man with whom she was living and that usually happened because of this whole process. He would beg her. I mean she would tell me that on occasions he would beat her and then the police would be called by, I think, on one occasion a neighbour and he got down on his knees and he begged forgiveness and he loved her and he felt so terrible about it. And so this would be a typical scenario. Whenever she would go to the hospital, that he would attempt to, I think, attempt to have her forgive him and he would love her so much more.

Again she would feel so needed and this would start the whole cycle over again.

And he would also blackmail her on occasions. She had an abortion when she was in the early part of their relationship and he would blackmail her saying, "You know, I will tell your parents that you were a baby killer", et cetera.

les agressions, qui use de la violence, essaie souvent [. . .] elle fait la paix et demande pardon. Et l'autre personne, qui a dans le fond une très mauvaise opinion d'elle-même, sent tout à coup qu'elle — prenons ici l'exemple d'une femme parce que ce cas est nettement plus fréquent — l'épouse a l'impression qu'elle peut encore aider son conjoint et cela peut la faire se sentir utile et lui donner une plus grande estime d'elle-même pour un certain temps et être valorisant pour elle, et son conjoint lui dit qu'il lui pardonnera et le reste.

Une autre manifestation de cette forme d'oppression est apparemment la réticence de la victime à révéler l'existence ou la gravité des mauvais traitements. Par exemple, il ressort des dossiers d'hôpital que chaque fois que l'appelante se présentait au service des urgences pour faire soigner diverses blessures, elle les a expliquées comme étant d'origine accidentelle. Aussi bien dans sa plaidoirie que dans les arguments écrits devant notre Cour le ministère public a insisté sur ce que les lésions de l'appelante s'accordaient tout autant avec ses explications et avec le fait qu'elle avait été battue et, en conséquence, comme l'a dit l'avocat de la poursuite au procès, [TRADUCTION] «le mythe veut, dans ce cas-ci, que Mlle Lavallee ait été une femme battue». Le D^r Shane a témoigné que l'appelante avait admis avoir menti au personnel hospitalier et à d'autres personnes sur la cause de ses blessures. Selon le D^r Shane, cela concorde avec son sentiment général d'être piégée et impuissante:

[TRADUCTION] ... elle ne disait jamais avoir été maltraitée par l'homme avec lequel elle vivait et cela était normalement attribuable à tout ce processus. Il la suppliait. C'est-à-dire qu'elle me racontait qu'il la battait parfois, puis la police était appelée par, je crois, à une occasion, un voisin et il s'est mis à genoux et il lui a demandé pardon et a dit qu'il l'aimait et qu'il avait un profond remords. Et cela se passait comme cela ordinairement. Chaque fois qu'elle allait à l'hôpital, il tentait, je crois, il tentait de se faire pardonner par elle et il redoublait d'amour à son égard.

Elle sentait de nouveau qu'on avait besoin d'elle et cela relançait le cycle.

Et il lui faisait également du chantage à l'occasion. Elle a eu un avortement vers le début de ses rapports avec lui et il la faisait chanter en disant: «Tu sais, je dirai à tes parents que tu es une tueuse de bébé», et cetera.

But basically the manner in which, I think, she would be prevented from telling the doctors or other people about the beatings was related to the fact that this whole process would repeat itself. He would want forgiveness and tell her he would love her and it would never happen again and she would feel grateful. She would feel a little loved. It would help her self-esteem again and she would feel a little safer for a while too. It would allow her to have a sense, a window of security for a period because she felt so trapped in this relationship.

The account given by Dr. Shane comports with that documented in the literature. Reference is often made to it as a condition of “learned helplessness”, a phrase coined by Dr. Charles Seligman, the psychologist who first developed the theory by experimenting on animals in the manner described by Dr. Shane in his testimony. A related theory used to explain the failure of women to leave battering relationships is described by psychologist and lawyer Charles Patrick Ewing in his book *Battered Women Who Kill* (1987). Ewing describes a phenomenon labelled “traumatic bonding” that has been observed between hostages and captors, battered children and their parents, concentration camp prisoners and guards, and batterers and their spouses. According to the research cited by Ewing there are two features common to the social structure in each of these apparently diverse relationships. At pages 19-20, he states:

The first of these common features is an imbalance of power “wherein the maltreated person perceives himself or herself to be subjugated or dominated by the other”. The less powerful person in the relationship — whether battered woman, hostage, abused child, cult follower, or prisoner — becomes extremely dependent upon, and may even come to identify with, the more powerful person. In many cases, the result of such dependency and identification is that the less powerful, subjugated persons become “more negative in their self-appraisal, more incapable of fending for themselves, and thus more in need of the high power person.” As this “cycle of dependency and lowered self-esteem” is repeated over time, the less powerful person develops a “strong affective bond” to the more powerful person in the abusive relationship.

Mais dans le fond, je crois, ce qui l'empêchait de raconter les agressions aux médecins ou à qui que ce soit d'autre était relié au fait que tout ce processus se répétait. Il lui demandait pardon et lui disait qu'il l'aimerait et que cela ne se reproduirait plus et elle en était reconnaissante. Elle se sentait un peu aimée. Cela lui redonnait une plus grande estime d'elle-même et elle se sentait aussi un peu plus en sécurité pendant un certain temps. Cela lui procurait pour quelque temps un sentiment de sécurité parce qu'elle se sentait tellement coincée dans la situation où elle se trouvait.

Les constatations du Dr Shane cadrent avec ce qui a été écrit à ce sujet. On dit souvent qu'il s'agit d'un état d'«impuissance acquise», expression inventée par Charles Seligman, le psychologue qui le premier a élaboré cette théorie à la suite d'expériences sur des animaux, du genre décrit par le Dr Shane. Une théorie connexe servant à expliquer pourquoi les femmes ne se sortent pas de situations où elles se font battre est exposée par Charles Patrick Ewing, psychologue et avocat, dans son livre *Battered Women Who Kill* (1987). Ewing décrit le phénomène des [TRADUCTION] «liens affectifs nés du traumatisme» constatés entre les otages et ceux qui les ont capturés, entre les enfants battus et leurs parents, entre les détenus de camps de concentration et leurs gardiens, et entre les femmes battues et leurs conjoints. D'après les études mentionnées par Ewing, deux points communs caractérisent la structure sociale existant dans chacune de ces relations en apparence différentes. Aux pages 19 et 20, il dit:

[TRADUCTION] Le premier de ces points communs est le déséquilibre des pouvoirs, «où la personne maltraitée se voit comme soumise à l'autre ou dominée par elle». La personne ayant moins de pouvoir dans les rapports en question — que ce soit la femme battue, l'otage, l'enfant maltraité, l'adepte d'un culte ou le prisonnier — en est réduite à une très grande dépendance et il arrive même qu'elle s'identifie à la personne qui possède plus de pouvoir. Bien souvent, cette dépendance et cette identification ont pour conséquence que les personnes soumises et moins puissantes deviennent «plus négatives dans leur appréciation d'elles-mêmes, moins capables de se débrouiller par elles-mêmes et, par conséquent, ont encore plus besoin de la personne investie d'un grand pouvoir». À mesure que ce «cycle de dépendance et de diminution de l'estime de soi» se répète avec le temps, la personne qui, dans cette relation, a moins de pouvoir forme avec celle qui en a plus, un «fort lien affectif».

The second feature common to the relationships between battered woman and batterer, hostage and captor, battered child and abusive parent, cult follower and leader, and prisoner and guard is the periodic nature of the abuse. In each relationship, the less powerful person is subjected to intermittent periods of abuse, which alternate with periods during which the more powerful, abusive person treats the less powerful person in a “more normal and acceptable” fashion.

Given the clear power differential between battered women and their batterers and the intermittent nature of physical and psychological abuse common to battering relationships, it seems fair to conclude . . . that many battered women are psychologically unable to leave their batterers because they have developed a traumatic bond with them. [Citations omitted.]

This strong “affective bond” may be helpful in explaining not only why some battered women remain with their abusers but why they even profess to love them. Of course, as Dr. Ewing adds, environmental factors may also impair the woman’s ability to leave — lack of job skills, the presence of children to care for, fear of retaliation by the man, etc. may each have a role to play in some cases.

This is not to say that in the course of a battering relationship a woman may never attempt to leave her partner or try to defend herself from assault. In *The Battered Woman Syndrome*, op. cit., Dr. Walker notes, at p. 30, that women may sometimes “react to men’s violence against them by striking back, but their actions are generally ineffective at hurting or stopping the men. They may be effective in controlling the level of the man’s violence against them”. In the case at bar Dr. Shane was aware that the appellant had pointed a gun at Rust in the past. In direct examination he stated:

And what would also happen from time to time is that there would be moments where she would attempt to hit back to defend herself or she may take a weapon to defend herself in order to prevent herself from being harmed or even, when the underlying rage may accumu-

Le second point commun aux rapports entre la femme battue et le conjoint, entre l’otage et celui qui l’a capturé, entre l’enfant battu et le parent qui le maltraite, entre l’adepte d’un culte et le dirigeant, et entre le prisonnier et le gardien, est la nature périodique des mauvais traitements. Dans chacune de ces relations, la personne ayant moins de pouvoir est soumise à des mauvais traitements intermittents qui alternent avec des périodes pendant lesquelles la personne ayant plus de pouvoir, auteur des mauvais traitements, agit envers l’autre d’une façon «plus normale et acceptable».

Étant donné la différence évidente de pouvoir entre les femmes battues et leurs agresseurs, et la nature intermittente de la violence physique et psychologique propre à ce genre de rapports, il semble juste de conclure [. . .] que bien des femmes battues se trouvent dans l’incapacité psychologique de quitter les hommes qui les battent parce qu’elles ont établi avec eux des liens affectifs très du traumatisme. [Références supprimées.]

Ce fort «lien affectif» explique peut-être non seulement pourquoi certaines femmes battues restent avec leurs agresseurs, mais aussi pourquoi elles prétendent les aimer. Bien entendu, comme l’ajoute Ewing, des facteurs particuliers liés à la situation de la femme en question peuvent lui rendre plus difficile son départ. En effet, le manque de compétences professionnelles, la présence d’enfants dont il faut prendre soin, la crainte que l’homme n’exerce des représailles, etc., peuvent tous jouer dans certains cas.

Cela ne veut pas dire qu’une femme battue ne tentera jamais de quitter son partenaire ni de se défendre contre les agressions. Dans *The Battered Woman Syndrome*, op. cit., Walker note, à la p. 30, que les femmes peuvent parfois [TRADUCTION] «riposter à la violence exercée contre elles par les hommes, mais leurs gestes n’arrivent généralement pas à leur faire mal ou à les arrêter. Ils peuvent en revanche limiter efficacement le degré de violence dont usent les hommes à leur endroit.» En l’espèce, le Dr Shane savait que l’appelante avait déjà braqué un fusil sur Rust. Au cours de son interrogatoire principal, il a dit:

[TRADUCTION] Il arrivait aussi de temps à autre qu’elle tente de riposter pour se défendre, ou prenne une arme pour se défendre, afin d’empêcher qu’on lui fasse du mal, ou même, quand sa colère refoulée atteignait son paroxysme, si vous voulez, qu’elle se sente obligée de

late, if you will, the feeling that she had to do something to him in order to survive, in order to defend herself.

The same psychological factors that account for a woman's inability to leave a battering relationship may also help to explain why she did not attempt to escape at the moment she perceived her life to be in danger. The following extract from Dr. Shane's testimony on direct examination elucidates this point:

Q. Now, we understand from the evidence that on this night she went — I think you've already described it in your evidence — and hid in the closet?

A. Yes.

Q. Can you tell the jury why she, for instance, would stay in that house if she had this fear? Why wouldn't she so [*sic*] someplace else? Why would she have to hide in the closet in the same house?

A. Well, I think this is a reflection of what I've been talking about, this ongoing psychological process, her own psychology and the relationship, that she felt trapped. There was no out for her, this learned helplessness, if you will, the fact that she felt paralyzed, she felt tyrannized. She felt, although there were obviously no steel fences around, keeping her in, there were steel fences in her mind which created for her an incredible barrier psychologically that prevented her from moving out. Although she had attempted on occasion, she came back in a magnetic sort of a way. And she felt also that she couldn't expect anything more. Not only this learned helplessness about being beaten, beaten, where her motivation is taken away, but her whole sense of herself. She felt this victim mentality, this concentration camp mentality if you will, where she could not see herself be in any other situation except being tyrannized, punished and crucified physically and psychologically.

I emphasize at this juncture that it is not for the jury to pass judgment on the fact that an accused battered woman stayed in the relationship. Still less is it entitled to conclude that she forfeited her right to self-defence for having done so. I would also point out that traditional self-defence doctrine does not require a person to retreat from her home instead of defending herself: *R. v. Antley* (1963), 42 C.R. 384 (Ont. C.A.) A man's home may be his

lui faire quelque chose afin d'assurer sa propre survie, afin de se défendre.

Les mêmes facteurs psychologiques qui expliquent l'incapacité d'une femme à quitter une situation de violence expliquent peut-être aussi dans une certaine mesure pourquoi elle n'a pas essayé de s'échapper au moment où sa vie lui semblait menacée. L'extrait suivant du témoignage du Dr Shane à son interrogatoire principal nous éclaire sur ce point:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, d'après la preuve, elle est allée la nuit en question — je crois que vous en avez déjà parlé dans votre témoignage — se cacher dans le placard.

R. Oui.

Q. Pouvez-vous dire au jury pourquoi, par exemple, elle est restée dans cette maison-là si elle avait peur? Pourquoi n'est-elle pas allée ailleurs? Pourquoi a-t-elle dû se cacher dans le placard dans la même maison?

R. Bien, je crois que cela reflète ce dont j'ai déjà parlé, c'est-à-dire ce processus psychologique continu, son propre état psychologique et ses relations avec l'homme en question; elle se sentait coincée. C'était pour elle une situation sans issue; cette incapacité acquise, si vous voulez, le fait qu'elle se sentait paralysée, qu'elle se sentait tyrannisée. Elle avait l'impression, bien qu'il n'y ait évidemment pas eu de clôture d'acier qui l'enfermait [...] il y avait des clôtures d'acier dans son esprit qui représentaient pour elle une barrière psychologique incroyablement qui l'empêchait de partir. Quoiqu'elle en ait parfois fait des tentatives, elle revenait comme attirée par un aimant. Et elle pensait aussi ne pouvoir s'attendre à autre chose. Non seulement elle avait cette incapacité acquise du fait d'avoir été battue, constamment battue, qui lui enlevait toute motivation, mais aussi toute estime de soi. Elle avait en quelque sorte une mentalité de victime, cette mentalité de camp de concentration, qui l'empêchait de se voir autrement que tyrannisée, punie et crucifiée physiquement et psychologiquement.

Je souligne à ce stade-ci qu'il n'appartient nullement au jury de porter un jugement sur le fait qu'une femme battue inculpée est restée avec l'homme qui l'agressait. Encore moins lui est-il permis d'en conclure qu'elle a renoncé à son droit à la légitime défense. Je signale en outre que la doctrine traditionnelle de la légitime défense n'exige pas qu'une personne quitte son foyer plutôt que de se défendre: *R. v. Antley* (1963), 42 C.R.

castle but it is also the woman's home even if it seems to her more like a prison in the circumstances.

If, after hearing the evidence (including the expert testimony), the jury is satisfied that the accused had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and felt incapable of escape, it must ask itself what the "reasonable person" would do in such a situation. The situation of the battered woman as described by Dr. Shane strikes me as somewhat analogous to that of a hostage. If the captor tells her that he will kill her in three days time, is it potentially reasonable for her to seize an opportunity presented on the first day to kill the captor or must she wait until he makes the attempt on the third day? I think the question the jury must ask itself is whether, given the history, circumstances and perceptions of the appellant, her belief that she could not preserve herself from being killed by Rust that night except by killing him first was reasonable. To the extent that expert evidence can assist the jury in making that determination, I would find such testimony to be both relevant and necessary.

In light of the foregoing discussion I would summarize as follows the principles upon which expert testimony is properly admitted in cases such as this:

1. Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person.
2. It is difficult for the lay person to comprehend the battered wife syndrome. It is commonly thought that battered women are not really beaten as badly as they claim, otherwise they would have left the relationship. Alternatively, some believe that women enjoy being beaten, that they have a masochist strain in them. Each of these stereotypes may adversely affect consideration of a battered woman's claim to have acted in self-defence in killing her mate.

384 (C.A. Ont.) La maison d'un homme est peut-être son château, mais c'est aussi le foyer de la femme, même si elle peut lui paraître davantage comme une prison dans les circonstances.

Si, après avoir entendu les témoignages (y compris ceux des experts), le jury est convaincu que l'accusée avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et se sentait incapable de s'échapper, il doit se demander ce que ferait une «personne raisonnable» dans une pareille situation. La situation de la femme battue, décrite par le Dr Shane, me paraît présenter une certaine analogie avec celle de l'otage. Si l'auteur de la prise d'otage lui dit qu'il le tuera dans trois jours, est-il en principe raisonnable que l'otage saisisse une occasion qui s'offre le premier jour de le tuer ou doit-il attendre l'exécution de la menace le troisième jour? À mon sens, le jury doit se demander si, compte tenu des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'appelante, sa croyance qu'elle ne pouvait éviter d'être tuée par Rust la nuit en question qu'en le tuant d'abord était raisonnable. Dans la mesure où elle peut aider le jury dans cette décision, je conclus que la preuve d'expert est à la fois pertinente et nécessaire.

Vu l'analyse qui précède, je résumerais ainsi les principes qui président à l'admission régulière du témoignage d'expert dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce:

1. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.
2. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. On croit communément que les femmes battues ne sont pas vraiment battues aussi sévèrement qu'elles le prétendent, car sinon elles auraient mis fin à la relation. Certains estiment d'autre part que les femmes aiment être battues, qu'elles ont des tendances masochistes. Chacun de ces stéréotypes peut jouer défavorablement dans l'examen de l'allégation d'une femme battue qu'elle a agi en légitime défense quand elle a tué son partenaire.

3. Expert evidence can assist the jury in dispelling these myths.
4. Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger from her mate may go to the issue of whether she “reasonably apprehended” death or grievous bodily harm on a particular occasion.
5. Expert testimony pertaining to why an accused remained in the battering relationship may be relevant in assessing the nature and extent of the alleged abuse.
6. By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

Quite apart from Dr. Shane’s testimony there was ample evidence on which the trial judge could conclude that the appellant was battered repeatedly and brutally by Kevin Rust over the course of their relationship. The fact that she may have exhibited aggressive behaviour on occasion or tried (unsuccessfully) to leave does not detract from a finding of systematic and relentless abuse. In my view, the trial judge did not err in admitting Dr. Shane’s expert testimony in order to assist the jury in determining whether the appellant had a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and believed on reasonable grounds that she had no alternative but to shoot Kevin Rust on the night in question.

Obviously the fact that the appellant was a battered woman does not entitle her to an acquittal. Battered women may well kill their partners other than in self-defence. The focus is not on who the woman is, but on what she did. In “The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense” (1985), 8 *Harv. Women’s L.J.* 121, at p. 149, Phyllis Crocker makes the point succinctly:

3. La preuve d’expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.
4. Le témoignage d’expert concernant la capacité d’une accusée de percevoir un danger présenté par son partenaire peut être pertinent relativement à la question de savoir si elle avait des «motifs raisonnables pour appréhender» la mort ou quelque lésion corporelle grave à une occasion déterminée.
5. Le témoignage d’expert touchant la question de savoir pourquoi une accusée est restée dans sa situation de femme battue peut être pertinent pour apprécier la nature et le degré de violence qui lui aurait été infligée.
6. En expliquant pourquoi une accusée ne s’est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d’expert peut en outre aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa croyance que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

Tout à fait indépendamment du témoignage du Dr Shane, il y avait une preuve abondante sur laquelle le juge du procès pouvait fonder la conclusion que l’appelante avait été brutalement battue par Kevin Rust à plusieurs reprises pendant leur liaison. Le fait qu’elle a pu à l’occasion manifester un comportement agressif ou essayer (en vain) de partir ne milite nullement contre la conclusion qu’il existait une situation de violence systématique et implacable. À mon avis, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en admettant le témoignage d’expert du Dr Shane afin d’aider le jury à déterminer si l’appelante avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave et croyait pour des motifs raisonnables n’avoir d’autre recours que celui de tuer Kevin Rust la nuit en question.

Évidemment, ce n’est pas parce que l’appelante était une femme battue qu’elle a droit à l’acquittement. Les femmes battues peuvent tuer leurs partenaires autrement qu’en légitime défense. Ce qui importe n’est pas de savoir de quelle femme il s’agit, mais bien de savoir ce qu’elle a fait. Dans «The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defence» (1985), 8 *Harv. Women’s L.J.* 121, à la p. 149, Phyllis Crocker exprime succinctement ce point de vue:

The issue in a self-defence trial is not whether the defendant is a battered woman, but whether she justifiably killed her husband. The defendant introduces testimony to offer the jury an explanation of reasonableness that is an alternative to the prosecution's stereotypic explanations. It is not intended to earn her the status of a battered woman, as if that would make her not guilty.

The trial judge, to his credit, articulated the same principle when introducing Dr. Shane's testimony in the course of his instructions to the jury. After referring to "the so-called battered spouse syndrome", he cautions:

Let me say at the outset that I think it is better that we try not to attach labels to this. It doesn't matter what we call it. What is important is the evidence itself and how it impacts on the critical areas of the intent of the accused and the issue of self-defence.

Ultimately, it is up to the jury to decide whether, in fact, the accused's perceptions and actions were reasonable. Expert evidence does not and cannot usurp that function of the jury. The jury is not compelled to accept the opinions proffered by the expert about the effects of battering on the mental state of victims generally or on the mental state of the accused in particular. But fairness and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear them.

(iii) *Adequacy of Trial Judge's Charge to the Jury*

The second issue raised in this case is the adequacy of the trial judge's charge to the jury with respect to the expert evidence furnished by Dr. Shane. It appears that Dr. Shane relied on various sources in formulating his opinion — his series of interviews with the appellant, an interview with her mother, a police report of the incident (including information regarding her statement to the police), and hospital records documenting eight of her visits to emergency departments between 1983 and 1986. Neither the appellant nor her mother testified at trial. The contents of their statements to Dr. Shane were hearsay.

[TRADUCTION] La question dans un procès mettant en cause la légitime défense n'est pas de savoir si la défenderesse est une femme battue, mais plutôt de savoir si c'est avec justification qu'elle a tué son mari. La défenderesse produit un témoignage qui donne au jury une explication de ce qui est raisonnable différente des explications stéréotypées de la poursuite. L'idée n'est pas de lui faire acquérir la qualité de femme battue, comme si cela l'innocenterait.

Le juge du procès, et c'est tout à son honneur, a énoncé le même principe en guise d'introduction au témoignage du D^r Shane dans son exposé au jury. Ayant évoqué [TRADUCTION] «ce qu'on appelle le syndrome de la femme battue», il fait cette mise en garde:

[TRADUCTION] Je souligne au départ que mieux vaut, à mon avis, ne pas essayer de mettre des étiquettes. Il importe peu comment nous appelons cela. Ce qui importe c'est la preuve elle-même et la manière dont elle se rapporte aux questions critiques de l'intention de l'accusée et de la légitime défense.

En définitive, c'est le jury qui doit décider si, en fait, les perceptions et les actes de l'accusée étaient raisonnables. La preuve d'expert n'enlève pas au jury, ni ne peut lui enlever, cette tâche qui lui revient. Le jury n'est pas tenu de retenir les opinions avancées par l'expert relativement aux effets de la violence sur l'état mental des victimes en général ou sur celui de l'accusée en particulier. Mais il faut, dans l'intérêt de l'équité et de l'intégrité du procès, que le jury ait la possibilité d'entendre ces opinions.

(iii) *Le caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury*

La seconde question soulevée en l'espèce est de savoir si les directives que le juge du procès a données au jury relativement au témoignage d'expert du D^r Shane étaient suffisantes. Ce dernier paraît avoir puisé à plusieurs sources pour former son opinion: ses entrevues avec l'appelante, une entrevue avec sa mère, un rapport de police sur l'incident (comprenant des renseignements sur la déclaration faite par l'appelante à la police), et des dossiers d'hôpital faisant état de huit occasions où elle était allée au service des urgences entre 1983 et 1986. Ni l'appelante ni sa mère n'ont témoigné au procès, de sorte que le contenu de leurs déclarations au D^r Shane constitue du ouï-dire.

In *Abbey, supra*, this Court addressed the bases upon which expert evidence that relies on hearsay is admissible. The accused in that case was charged with importing cocaine and his defence was insanity. The accused did not testify. A psychiatrist gave his opinion as to the sanity of the accused and, in the course of giving the basis for his conclusions, referred to incidents and hallucinations related to him by the accused for which there was no admissible evidence. The Crown submitted before this Court that the trial judge "accepted and treated as factual much of this hearsay evidence" related to the psychiatrist. Dickson J. found that the point was "well taken". This was the preliminary finding on which the case was based and I think it is fair to say that the trial judge in the case at bar clearly did not make the same mistake as did the trial judge in *Abbey*. At pages 44-46 of his judgment, Dickson J. articulated the hazards inherent in admitting expert testimony based on hearsay:

The danger, of course, in admitting such testimony is the ever present possibility, here exemplified, that the judge or jury, without more, will accept the evidence as going to the truth of the facts stated in it. The danger is real and lies at the heart of this case. Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential. The problem, however, as pointed out by Fauteux J. in *Wilband* resides not in the admissibility of the testimony but rather the weight to be accorded to the opinion. Although admissible in the context of his opinion, to the extent that it is second-hand his testimony is not proof of the facts stated.

It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by *Abbey* but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions. While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admis-

Dans l'arrêt *Abbey*, précité, notre Cour traite des conditions d'admissibilité d'une preuve d'expert fondée sur le oui-dire. Dans cette affaire, l'accusé, inculpé d'importation de cocaïne, avait plaidé l'aliénation mentale. L'accusé n'a pas témoigné. Un psychiatre a exprimé son avis quant à la santé mentale de l'accusé et, en exposant le fondement de ses conclusions, il a fait mention d'incidents et d'hallucinations que lui avait relatés l'accusé sur lesquels aucune preuve admissible n'avait été produite. Le ministère public a soutenu devant notre Cour que le juge du procès avait «accepté et traité comme des faits une bonne partie de ces éléments de preuve par oui-dire» relatés au psychiatre. Le juge Dickson a estimé que cette affirmation était «bien fondée». Voilà la conclusion préliminaire sur laquelle reposait l'arrêt et je crois qu'il est juste de dire que le juge du procès en l'espèce n'a manifestement pas commis la même erreur que le juge du procès dans l'affaire *Abbey*. Aux pages 44 à 46 de ses motifs, le juge Dickson énonce les dangers qu'il y a à admettre un témoignage d'expert fondé sur le oui-dire:

Certes, le danger que présente l'acceptation en preuve d'un tel témoignage est la possibilité, toujours présente, comme on le voit en l'espèce, que le juge ou le jury conclue sans plus que ce témoignage établit l'exactitude des faits qu'il contient. Il s'agit là d'un danger réel qui touche au cœur de la présente espèce. Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve. Cependant, comme le souligne le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband*, le problème ne se pose pas au niveau de la recevabilité du témoignage, mais plutôt au niveau de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient. Bien que recevable dans le cadre d'une opinion, dans la mesure où il constitue un oui-dire, ce témoignage ne prouve pas les faits énoncés.

Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu'ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par *Abbey* mais aussi par d'autres personnes; cependant, c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions. Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de

sible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

For present purposes I think the ratio of *Abbey* can be distilled into the following propositions:

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.
3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

In the case at bar the trial judge was clearly of the view that Dr. Shane's evidence was relevant. He would not have admitted it otherwise. As I stated above, in light of the evidence of the battering relationship which subsisted between the appellant and the deceased, the trial judge was correct in so doing.

With respect to the second point, the trial judge warned the jury generally that they could not "decide the case on the basis of things the witnesses did not see or hear," which would seem to include those matters which Dr. Shane neither saw nor heard. He then gave the marijuana smoking and the confirmatory evidence of the appellant's mother as two sources of information which were not evidence in the case. In my opinion, it would have been preferable if the trial judge had described the interview with the appellant as a source of inadmissible evidence, the marijuana smoking being an example of inadmissible evidence from that source. Nevertheless, I think the

l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

Je crois qu'aux fins de la présente analyse le fondement de l'arrêt *Abbey* peut se réduire aux propositions suivantes:

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

En l'espèce, le juge du procès a de toute évidence tenu pour pertinent le témoignage du D^r Shane, sinon il ne l'aurait pas admis. Comme je l'ai déjà dit, compte tenu de la preuve de la violence qui caractérisait les rapports entre l'appellante et Rust, c'est avec raison que le juge du procès l'a fait.

En ce qui concerne le second point, le juge du procès a adressé aux jurés une mise en garde générale, leur disant qu'ils ne pouvaient se prononcer [TRADUCTION] «en [se] fondant sur des choses que les témoins n'[avaient] ni vues ni entendues», ce qui semble englober les choses que le D^r Shane n'a pas vues ni entendues. Il a poursuivi en mentionnant l'usage de marihuana et le témoignage confirmatif de la mère de l'appellante comme deux sources de renseignements qui n'étaient pas en preuve en l'espèce. À mon avis, il aurait mieux valu que le juge du procès décrive l'entrevue avec l'appellante comme une source d'éléments de preuve inadmissibles et l'usage de marihuana

trial judge makes his meaning clear to the jury in the subsequent passage:

In terms of the matters considered by Dr. Shane he is left, therefore, with the deceased's [*sic* — he means accused's] statement, some supplementary information from the police report and his interpretation of the hospital records.

The trial judge thus eliminates the interview with the appellant and his conversation with her mother as sources of admissible evidence. Elsewhere he reinforces the rule that the jury can only consider the admissible evidence. He refers to the hospital visits made by the appellant:

Another evidentiary caution is necessary here. Mr. Brodsky, in his remarks, said, as he did in calling some of the evidence respecting hospital attendances that this is only a representative sample. He ought not to have said that. It is not evidence and must be completely disregarded by you. The only evidence before you are the eight attendances that you heard about and nothing else — eight attendances and nothing else.

The trial judge's instructions regarding the weight attributable to Dr. Shane's opinion also emphasize his distinction between admissible evidence and hearsay:

If the premises upon which the information is substantially based has not been proven in evidence, it is up to you to conclude that it is not safe to attach a great deal of weight to the opinion. An opinion of an expert depends, to a large extent, on the validity of the facts assumed by the evidence of the expert.

If there are some errors and the factual assumptions aren't too important to the eventual opinion, that's one thing. If there are errors or matters not in evidence and those matters are substantial, in your view, in terms of the impact on the expert's opinion, then you will want to look at the value and weight of that expert's opinion very carefully. It depends on how important you think the matters were that Dr. Shane relied on that are not in evidence. [Emphasis added.]

I agree with Huband J.A. that these instructions with respect to weight conform to this Court's judgment in *Abbey*. The only complaint can be

comme un exemple d'élément de preuve inadmissible provenant de cette source. Je crois néanmoins que le juge du procès a fait comprendre au jury ce qu'il voulait dire dans ce passage subséquent:

^a [TRADUCTION] Pour ce qui est des points abordés par le D^r Shane, il ne lui reste donc que la déclaration de [. . . l'accusée], quelques renseignements supplémentaires tirés du rapport de police et son interprétation des dossiers d'hôpital.

^b Ainsi le juge du procès écarte l'entrevue avec l'appelante et la conversation avec sa mère comme sources d'éléments de preuve admissibles. Ailleurs il insiste de nouveau sur la règle que le jury ne doit ^c tenir compte que de la preuve admissible. Au sujet des visites de l'appelante à l'hôpital, il dit:

^d [TRADUCTION] Une nouvelle mise en garde s'impose ici en ce qui concerne la preuve. M^e Brodsky a dit dans son exposé, comme il l'a dit aussi en présentant une partie de la preuve relative aux visites à l'hôpital, qu'il ne s'agit que d'un échantillon représentatif. Il n'aurait pas dû dire cela. Cela ne fait pas partie de la preuve et vous devez en faire complètement abstraction. La seule ^e preuve dont vous avez à vous préoccuper est celle des huit visites dont il a été question devant vous et rien d'autre — huit visites et rien d'autre.

^f Dans ses directives concernant la valeur probante de l'opinion du D^r Shane également, le juge du procès insiste sur la distinction entre une preuve admissible et le oui-dire:

^g Si les prémisses sur lesquelles les renseignements reposent en grande partie n'ont pas été établies par la preuve, vous devez conclure qu'il est dangereux d'attacher grande importance à son opinion. L'opinion d'un expert dépend dans une large mesure de l'exactitude des faits sur lesquels il a fondé son témoignage.

^h S'il y a des erreurs et que les présomptions de fait ne soient pas trop importantes pour l'opinion exprimée, c'est une chose. «Mais, s'il y a des erreurs ou des points qui ne font pas partie de la preuve et qu'à votre avis, ces points aient une influence importante sur l'opinion de l'expert, alors vous allez vouloir examiner très minutieusement la valeur et le poids de cette opinion.» Cela ⁱ dépend de l'importance que vous attachez aux faits sur lesquels s'est fondé le D^r Shane et qui n'ont pas été mis en preuve. [Je souligne.]

^j Je suis d'accord avec le juge Huband que ces directives relatives à la valeur probante sont conformes à l'arrêt de notre Cour dans l'affaire

with the trial judge's attempt to distinguish admissible from inadmissible evidence. The trial judge was certainly not as clear as he might have been but I have no hesitation in finding that a retrial is not warranted on this account.

Given that Dr. Shane relied extensively on his interview with the appellant, the trial judge drew particular attention to the additional element of credibility that could affect the quality of Dr. Shane's opinion:

It is the position of the Crown that Dr. Shane's opinion stands or falls on the veracity of Lyn Lavallee because he relied so heavily and extensively on what she told him and the evidence contained in the statement, Exhibit 16. That's for you to decide.

Later in the charge, he elaborates:

Undoubtedly [*sic*] she was a very important source, if not the major source, of his information. Dr. Shane agreed that if what she told him was erroneous, he would have to reassess his position.

On cross-examination he reiterated that in his opinion her action was spontaneous to the moment to try to defend herself. The straw that broke the camel's back was the threat, "When the others leave you're going to get it", even though similar statements had been made to her on other occasions. According to what she told him, the accused felt compelled to shoot.

Based on the information he had in the interview, it was his opinion that the acts of the accused were impulsive and not premeditated. He disagreed with the Crown's suggestion that Lyn Lavallee took the opportunity when it presented itself.

He conceded that patients had, on occasion, lied and misled him in the past.

The fourth proposition I have extracted from *Abbey* is that there must be admissible evidence to support the facts on which the expert relies before any weight can be attributed to the opinion. The majority of the Manitoba Court of Appeal appears to interpret this as a requirement that each and every fact relied upon by the expert must be independently proven and admitted into evidence before the entire opinion can be given any weight.

Abbey. Seule peut être reprochée au juge du procès sa tentative de distinguer entre la preuve admissible et la preuve inadmissible. Certes, le juge du procès ne s'est pas exprimé avec la clarté qu'on eût pu souhaiter, mais je conclus sans hésitation que cela ne justifie pas la tenue d'un nouveau procès.

Vu que le D^r Shane s'est fondé largement sur son entrevue avec l'appelante, le juge du procès a insisté particulièrement sur l'autre élément de crédibilité susceptible d'influer sur la valeur de l'opinion du D^r Shane:

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la valeur de l'opinion du D^r Shane dépend de la véracité de Lyn Lavallee parce qu'il s'est fondé dans une si grande mesure et si largement sur ce qu'elle lui a dit et sur sa déclaration (pièce 16). C'est à vous d'en décider.

Plus loin dans son exposé il précise:

Sans doute a-t-elle été une source très importante, sinon la source principale, de ses renseignements. Le D^r Shane a convenu que si son récit était inexact, il serait obligé de repenser sa position.

Au cours de son contre-interrogatoire, il a répété qu'à son avis l'acte avait été commis spontanément, sur le moment, dans un but défensif. La goutte d'eau qui a fait déborder le vase a été la menace: «Quand les autres seront partis tu auras de mes nouvelles», même s'il lui avait dit des choses semblables à d'autres occasions. D'après ce qu'elle lui a raconté, l'accusée se sentait contrainte de tirer.

Se fondant sur les renseignements qu'il avait tirés de l'entrevue, il estimait que l'accusée avait agi impulsivement et sans préméditation. Il a rejeté l'assertion du ministère public que Lyn Lavallee a saisi l'occasion quand elle s'est présentée.

Il a reconnu que dans le passé des patients lui avaient menti et l'avaient induit en erreur.

La quatrième proposition que je tire de l'arrêt *Abbey* est qu'il doit exister une preuve admissible appuyant les faits sur lesquels l'expert se fonde pour qu'une valeur probante puisse être attribuée à son opinion. La majorité en Cour d'appel du Manitoba paraît y voir l'exigence que chacun des faits sur lesquels l'expert se fonde soit individuellement établi et admis en preuve comme condition de l'attribution de quelque valeur probante à l'ensemble de l'opinion.

Dr. Shane referred in his testimony to various facts for which there was no admissible evidence. The information was elicited from his interviews with the appellant. It included the smoking of marijuana prior to the killing, the deterioration of the intimate relationship between the appellant and Rust, past episodes of physical and psychological abuse followed by intervals of contrition, the apparent denial of homicidal fantasies on the appellant's part, and her remorse after killing Rust.

If the majority of the Court of Appeal is suggesting that each of these specific facts must be proven in evidence before any weight could be given to Dr. Shane's opinion about the accused's mental state, I must respectfully disagree. *Abbey* does not, in my view, provide any authority for that proposition. The Court's conclusion in that case was that the trial judge erred in treating as proven the facts upon which the psychiatrist relied in formulating his opinion. The solution was an appropriate charge to the jury, not an effective withdrawal of the evidence. In my view, as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

On my reading of the record Dr. Shane had before him admissible evidence about the nature of the relationship between the appellant and Rust in the form of the appellant's statement to the police and the hospital records. In addition, there was substantial corroborative evidence provided at trial by Ezako, the emergency room doctor who testified to doubting the appellant's explanation of her injuries. There was also the evidence of the witnesses on the night of the shooting who testified to the appellant's frightened appearance, tone of voice, and conduct in dealing with Rust. The evidence pointed to the image of a woman who was brutally abused, who lied about the cause of her

Le Dr Shane a mentionné dans son témoignage plusieurs faits à l'égard desquels il n'y avait pas de preuve admissible. Les renseignements, obtenus au cours de ses entrevues avec l'appelante, portaient notamment sur l'usage de marijuana avant l'homicide, sur la détérioration des rapports intimes entre l'appelante et Rust, sur des cas antérieurs de mauvais traitements physiques et psychologiques suivis de périodes de contrition, sur le fait que l'appelante a apparemment nié avoir eu des fantasmes d'homicide et son remords après avoir tué Rust.

Si la majorité en Cour d'appel veut dire que chacun de ces faits précis doit être établi par la preuve, à défaut de quoi l'opinion du Dr Shane sur l'état mental de l'accusée n'a aucune valeur probante, je ne puis, avec égards, partager cet avis. Selon moi, l'arrêt *Abbey* n'appuie aucunement un tel point de vue. Notre Cour a conclu, dans cette affaire, que le juge du procès avait commis une erreur en tenant pour prouvés les faits sur lesquels le psychiatre s'était fondé pour former son opinion. La solution était de donner des directives appropriées au jury et non pas de procéder à ce qui constituait en réalité le retrait de la preuve en question. À mon avis, tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande.

Selon ma lecture du dossier, le Dr Shane disposait d'éléments de preuve admissibles concernant la nature des rapports entre l'appelante et Rust, dans la déclaration faite par l'appelante à la police et dans les dossiers d'hôpital. De plus, une preuve corroborante substantielle a été fournie au procès par Ezako, le médecin de la salle d'urgence, qui a témoigné de son scepticisme quant à l'explication donnée par l'appelante au sujet de ses blessures. À cela s'ajoutent les dépositions des témoins sur les événements survenus la nuit de l'homicide, qui ont dit que l'apparence de l'appelante, son ton de voix et sa conduite à l'égard de Rust traduisaient la peur. La preuve évoque l'image d'une femme bru-

injuries, and who was incapable of leaving her abuser. As Huband J.A. comments in dissent, if the trial judge erred at all, he was probably remiss in not mentioning the corroborative evidence of Ezako as buttressing the evidentiary foundation on which Dr. Shane premised his opinion.

The majority of the Court of Appeal attached particular significance to the absence of admissible evidence on the question whether the appellant had homicidal fantasies about Rust. As I read the evidence the appellant's alleged denial of homicidal fantasies appeared to add little to Dr. Shane's overall opinion about her mental state on the night in question. Moreover, the evidence given by Ezako about her being an aggressor in the past and even pointing a gun at Rust were far more incriminating in terms of evincing a prior intent to kill than the presence or absence of homicidal fantasies. The gun pointing incidents were explained by Dr. Shane as not inconsistent with her victimized condition and not necessarily indicative of pre-meditation. Clearly, Dr. Shane's explanation was something the jury could evaluate in the context of all the evidence.

Where the factual basis of an expert's opinion is a *mélange* of admissible and inadmissible evidence the duty of the trial judge is to caution the jury that the weight attributable to the expert testimony is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies. The trial judge openly acknowledged to counsel the inherent difficulty in discharging such a duty in the case at bar. In my view, the trial judge performed his task adequately in this regard. A new trial is not warranted on the basis of the trial judge's charge to the jury.

I would accordingly allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the acquittal.

talisée qui avait menti sur l'origine de ses blessures et qui était dans l'incapacité de quitter l'homme qui la brutalisait. Comme le fait remarquer le juge Huband dans ses motifs de dissidence, l'erreur du juge du procès, si erreur il y a eu, est probablement d'avoir oublié de mentionner que le témoignage corroborant d'Ezako étayait la preuve sur laquelle le D^r Shane avait fondé son opinion.

La majorité en Cour d'appel a attaché une importance particulière à l'absence de preuve admissible sur la question de savoir si l'appelante avait eu des fantasmes d'homicide au sujet de Rust. Or, selon mon interprétation de la preuve, le fait que l'appelante ait nié avoir eu des fantasmes d'homicide ne semble pas avoir joué beaucoup dans la formation de l'opinion globale du D^r Shane relativement à son état mental la nuit en question. Qui plus est, le témoignage d'Ezako portant que l'appelante avait déjà été l'agresseur et avait même braqué un fusil sur Rust est bien plus incriminant comme indication de l'existence d'une intention antérieure de commettre l'homicide que ne le serait la présence ou l'absence de fantasmes d'homicide. Le D^r Shane a expliqué que les incidents où l'appelante avait braqué un fusil sur Rust n'étaient pas incompatibles avec sa situation de victime et n'indiquaient pas nécessairement la pré-méditation. De toute évidence, l'explication du D^r Shane pouvait être appréciée par le jury dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Lorsque la base factuelle de l'opinion d'un expert consiste en un mélange d'éléments de preuve, tant admissibles qu'inadmissibles, le juge du procès est tenu de faire comprendre au jury que la valeur probante à accorder au témoignage de l'expert est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels il est fondé. Le juge du procès n'a pas dissimulé aux avocats la difficulté fondamentale qu'il avait à s'acquitter de cette obligation en l'espèce. À mon avis, le juge du procès a adéquatement rempli sa fonction à cet égard. Son exposé au jury ne justifie donc pas la tenue d'un nouveau procès.

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquiescement.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of my colleague Justice Wilson, and I agree in the result that this appeal must be allowed. I find it necessary, however, to add a few words concerning the interpretation of this Court's decision in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24.

Abbey has been roundly criticized: see, e.g., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1 (3rd ed. 1988), at pp. 473-76; and Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2nd ed. 1989), at pp. 477-79. The essence of the criticism is that *Abbey* sets out more restrictive conditions for the use of expert evidence than did previous decisions of this Court (i.e., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; and *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263). Upon reflection, it seems to me that the very special facts in *Abbey*, and the decision required on those facts, have contributed to the development of a principle concerning the admissibility and weight of expert opinion evidence that is self-contradictory. The contradiction is apparent in the four principles set out by Wilson J. in the present case, at p. 893, which I reproduce here for the sake of convenience:

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.
2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.
3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.
4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

The combined effect of numbers 1, 3 and 4 is that an expert opinion relevant in the abstract to a material issue in a trial but based entirely on unproven hearsay (e.g., from the mouth of the accused, as in *Abbey*) is admissible but entitled to no weight whatsoever. The question that arises is how any evidence can be admissible and yet en-

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai lu les motifs de ma collègue le juge Wilson et je souscris à sa conclusion que le présent pourvoi doit être accueilli. Je crois toutefois que quelques observations s'imposent concernant l'interprétation de notre arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

L'arrêt *Abbey* a été sévèrement critiqué: voir, p. ex., Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1 (3^e éd. 1988), aux pp. 473 à 476, et Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (2^e éd. 1989), aux pp. 477 à 479. On reproche essentiellement à l'arrêt *Abbey* d'établir à l'égard de l'utilisation de la preuve d'expert des conditions plus restrictives que celles énoncées dans des arrêts antérieurs de notre Cour (p. ex., *City of St. John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; et *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263). Réflexion faite, il me semble que les faits très particuliers de l'affaire *Abbey* ainsi que la décision commandée par ces faits ont contribué à l'élaboration d'un principe contradictoire relativement à l'admissibilité et à la valeur probante du témoignage d'opinion d'un expert. La contradiction est évidente dans les quatre principes exposés par le juge Wilson en l'espèce, à la p. 893, que je reproduis ici pour faciliter la lecture:

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.
2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

Par l'effet conjugué des numéros 1, 3 et 4, une opinion d'expert se rapportant dans l'abstrait à une question substantielle soulevée dans un procès, mais reposant entièrement sur un ouï-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve (p. ex., le dire de l'accusé, comme dans l'affaire *Abbey*) est admissible en preuve mais n'a aucune valeur pro-

titled to no weight. As one commentator has pointed out, an expert opinion based entirely on unproven hearsay must, if anything, be inadmissible by reason of irrelevance, since the facts underlying the expert opinion are the only connection between the opinion and the case: see Wardle, "R. v. *Abbey* and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116, at pp. 122-23.

The resolution of the contradiction inherent in *Abbey*, and the answer to the criticism *Abbey* has drawn, is to be found in the practical distinction between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise (as in *City of St. John*), and evidence that an expert obtains from a party to litigation touching a matter directly in issue (as in *Abbey*).

In the former instance, an expert arrives at an opinion on the basis of forms of enquiry and practice that are accepted means of decision within that expertise. A physician, for example, daily determines questions of immense importance on the basis of the observations of colleagues, often in the form of second- or third-hand hearsay. For a court to accord no weight to, or to exclude, this sort of professional judgment, arrived at in accordance with sound medical practices, would be to ignore the strong circumstantial guarantees of trustworthiness that surround it, and would be, in my view, contrary to the approach this Court has taken to the analysis of hearsay evidence in general, exemplified in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. In *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (B.C.C.A.), a case concerning an expert's evaluation of the chemical composition of an alleged heroin specimen, Anderson J.A. held, and I respectfully agree, that *Abbey* does not apply in such circumstances. (See also *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 52, where the court recognized an expert opinion based upon evidence "... of a general nature which is widely

bante. On se demande donc comment une preuve peut être admissible et en même temps dénuée de toute valeur probante. Comme l'a fait remarquer un commentateur, une opinion d'expert fondée entièrement sur un oui-dire qui n'est établi par aucun élément de preuve est forcément inadmissible pour manque de pertinence puisque les faits sous-tendant l'opinion de l'expert constituent l'unique lien entre cette opinion et le litige: voir Wardle, «R. v. *Abbey* and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify» (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 116, aux pp. 122 et 123.

La résolution de la contradiction inhérente à l'arrêt *Abbey*, de même que la réponse aux critiques qu'il a suscitées, se trouve dans la distinction pratique entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence (comme dans *City of St. John*), et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige (comme dans *Abbey*).

Dans le premier cas, l'expert forme une opinion en ayant recours à des méthodes d'enquête et à des pratiques qui constituent dans le domaine en question des moyens acceptés d'arriver à une décision. Un médecin, par exemple, prend quotidiennement des décisions extrêmement importantes sur la foi des observations de collègues, revêtant souvent le caractère d'un oui-dire multiple. En n'accordant aucune valeur probante à ce genre de jugement professionnel formé en conformité avec de saines pratiques médicales, ou en l'écartant carrément, un tribunal ferait abstraction des fortes garanties circonstancielles de crédibilité que comporte un tel jugement et selon moi, irait à l'encontre de l'approche adoptée par notre Cour pour l'analyse de la preuve par oui-dire en général, illustrée notamment dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. Dans *R. v. Jordan* (1984), 39 C.R. (3d) 50 (C.A.C.-B.), une affaire portant sur l'évaluation, faite par un expert, de la composition chimique d'un prétendu échantillon d'héroïne, le juge Anderson de la Cour d'appel a conclu à l'inapplicabilité de l'arrêt *Abbey* dans de telles circonstances, et avec égards, je partage son avis. (Voir en outre l'arrêt *R. v. Zundel* (1987), 56 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 52, où la cour admet en preuve

used and acknowledged as reliable by experts in that field.”)

Where, however, the information upon which an expert forms his or her opinion comes from the mouth of a party to the litigation, or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will, consistent with *Abbey*, have a direct effect on the weight to be given to the opinion, perhaps to the vanishing point. But it must be recognized that it will only be very rarely that an expert's opinion is entirely based upon such information, with no independent proof of any of it. Where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. In this respect, I agree with the statement of Wilson J. at p. 896, as applied to circumstances such as those in the present case:

... as long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must, of course, warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the jury may attribute to the opinion.

As Wilson J. holds, the trial judge's charge to the jury was adequate, and the appeal ought therefore to be allowed.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

une opinion d'expert fondée sur des données [TRANSDUCTION] «[...] de nature générale fréquemment utilisées et reconnues comme sûres par des experts dans le domaine».)

^a Lorsque, toutefois, les données sur lesquelles un expert fonde son opinion proviennent d'une partie au litige ou d'une autre source fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. ^b Suivant l'arrêt *Abbey*, l'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion, peut-être au point de lui enlever toute valeur probante. On doit cependant reconnaître qu'il arrivera très rarement que l'opinion d'un expert repose ^c entièrement sur de tels renseignements et qu'aucun de ceux-ci ne soit établi par une preuve indépendante. Quand l'opinion d'un expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie ^d soit sur des faits reconnus, soit sur des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. À cet égard, je souscris aux propos que tient le juge Wilson, à la p. 896, ^e pour autant qu'ils s'appliquent à des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce:

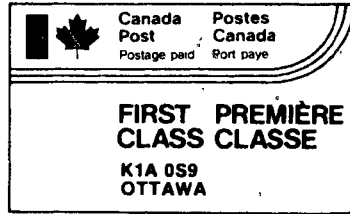
... tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne saurait par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la valeur probante de son opinion sera grande.

^g Comme le dit le juge Wilson, le juge du procès a fait au jury un exposé adéquat. Le pourvoi devrait en conséquence être accueilli.

Pourvoi accueilli.

^h *Procureurs de l'appelante: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.*

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



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1990 Vol. 1

5^e cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 901-1074

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 901-1074

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

R. v. A (Order) 992

Courts — Proceedings — Publicity — In camera hearing in Supreme Court of Canada — File, including judgment and reasons for judgment, ordered sealed to protect the lives of individuals involved — Circumstances which warranted conducting the matter in confidence no longer present — File, including judgment and reasons for judgment, released.

R. v. A 995

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Witness compelled to testify in a criminal trial fearing for the security of his parents living outside the country — Whether a remedy under s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms is available to persons living outside Canada.

R. v. Fitzgibbon 1005

Criminal law — Compensation order — Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds — Compensation order made without consent of bankruptcy court — Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 653 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 49(1), 148.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, L.L.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

R. c. A (Ordonnance) 992

Tribunaux — Procédures — Publicité — Audience à huis clos à la Cour suprême du Canada — Dossier, y compris le jugement et les motifs de jugement, mis sous scellés pour protéger la vie des personnes concernées — Les circonstances justifiant de traiter l'affaire de façon confidentielle ont disparu — Levée des scellés apposés au dossier, au jugement et aux motifs de jugement.

R. c. A 995

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Témoin contraint à témoigner à un procès criminel craignant pour la sécurité de ses parents qui vivent à l'étranger — Un redressement en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être accordé à des personnes vivant à l'extérieur du Canada?

R. c. Fitzgibbon 1005

Droit criminel — Ordonnance de dédommagement — Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées — Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite — Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Compensation order — Lawyer misappropriating funds — Law Society Compensation Fund paying victims — Whether or not Law Society a “person aggrieved”.

Bankruptcy — Compensation order made as part of sentence under Criminal Code — Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds — Compensation order made without consent of Bankruptcy Court — Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code.

R. v. Horseman 901

Indians — Hunting rights — Treaty Indian killing bear in self-defence and later selling hide — Alberta Wildlife Act prohibiting trafficking in wildlife without a licence — Whether prohibition applies to Treaty 8 Indians — Whether Treaty 8 hunting rights limited by 1930 Natural Resources Transfer Agreement — Wildlife Act, R.S.A. 1980, c. W-9, ss. 18, 42 — Treaty No. 8 — Natural Resources Transfer Agreement, 1930, para. 12.

R. v. Saunders 1020

Criminal law — Conspiracy — Charge to jury — Indictment charging conspiracy to import heroin — Evidence led at trial of importation of cocaine — Whether trial judge erred in instructing jury that they might convict if satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had conspired to import any narcotic.

Criminal law — Indictment — Amendment — Indictment charging conspiracy to import heroin — Evidence led at trial of importation of cocaine — Whether this Court should allow Crown to amend charge to delete particularization of drug involved as heroin.

R. v. Sioui 1025

Indians — Treaty — Rights — Customs and religion — Huron band Indians charged with cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to provincial regulations — Whether Regulations applicable to Hurons practising customs and religious rites — Whether document signed by General Murray in 1760 guaranteeing them free exercise of their customs and religion is a treaty — Whether treaty still in effect — Whether territorial scope of treaty extends to territory of park so as to make regulations unenforceable in respect of accused — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37.

R. v. Smith 991

Criminal law — Evidence — Credibility — Reasonable doubt — Reasonable doubt as to accuracy of complainant's evidence on one charge not automatically creating deemed doubt as to truthfulness of everything witness said.

Ratych v. Bloomer 940

Torts — Negligence — Damages — Whether plaintiff can recover damages for loss of earnings when he has been paid his full salary under his contract of employment.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 653 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 49(1), 148.

Droit criminel — Ordonnance de dédommagement — Détournement de fonds par un avocat — Remboursement des victimes par le régime d'indemnisation de la Société du barreau — La Société du barreau est-elle une «personne lésée»?

Faillite — Ordonnance de dédommagement rendue dans le cadre du prononcé de la peine en vertu du Code criminel — Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées — Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite — Le consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel?

R. c. Horseman 901

Indiens — Droits de chasse — Un Indien visé par un traité a tué un ours en légitime défense et en a plus tard vendu la peau — La Wildlife Act de l'Alberta interdit le trafic d'un animal de la faune sans permis — L'interdiction s'applique-t-elle aux Indiens visés par le Traité n° 8? — Les droits de chasse énoncés au Traité n° 8 sont-ils limités par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930? — Wildlife Act, R.S.A. 1980, ch. W-19, art. 18, 42 — Traité n° 8 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, art. 12.

R. c. Saunders 1020

Droit criminel — Complot — Exposé au jury — Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne — Présentation d'une preuve d'importation de cocaïne au procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans ses directives au jury, en lui disant qu'il pourrait déclarer les accusés coupables s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils avaient comploté pour importer un stupéfiant quelconque?

Droit criminel — Acte d'accusation — Modification — Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne — Présentation d'une preuve d'importation de cocaïne au procès — La Cour devrait-elle permettre au ministère public de modifier l'accusation de manière à supprimer la mention du stupéfiant visé comme étant de l'héroïne?

R. c. Sioui 1025

Indiens — Traité — Droits — Coutumes et religion — Indiens d'une bande huronne accusés d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention d'un règlement provincial — Ce règlement est-il applicable aux Hurons qui exercent leurs coutumes et leurs rites religieux? — Le document signé par le général Murray en 1760 qui garantit aux Hurons le libre exercice de leurs coutumes et de leur religion constitue-t-il un traité? — Ce traité est-il encore en vigueur? — La portée territoriale du traité s'étend-elle au territoire du Parc de façon à rendre inopérant le règlement à l'égard des accusés? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement relatif

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Robitaille v. Madill 985

Insurance — Fire insurance — Content of insurance contract — Time formed — Inconsistency between insurance policy and application — Civil Code of Lower Canada, arts. 2476, 2478.

SOMMAIRE (Fin)

au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37.

R. c. Smith 991

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Doute raisonnable — Un doute raisonnable sur l'exactitude de la déposition du plaignant relativement à un chef d'accusation ne crée pas nécessairement une présomption de doute au sujet de la véracité de tout ce que le témoin a dit.

Ratyck c. Bloomer 940

Délits civils — Négligence — Dommages-intérêts — Le demandeur peut-il obtenir des dommages-intérêts pour perte de rémunération en dépit du fait qu'il a touché son plein salaire en vertu de son contrat de travail?

Robitaille c. Madill 985

Assurance — Assurance-incendie — Contenu du contrat d'assurance — Moment de sa formation — Divergences entre la police d'assurance et la proposition — Code civil du Bas-Canada, art. 2476, 2478.

Bert Horseman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Manitoba and the
Attorney General for Saskatchewan**
Interveners

INDEXED AS: R. v. HORSEMAN

File No.: 20582.

1989: November 27; 1990: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

*Indians — Hunting rights — Treaty Indian killing
bear in self-defence and later selling hide — Alberta
Wildlife Act prohibiting trafficking in wildlife without
a licence — Whether prohibition applies to Treaty 8
Indians — Whether Treaty 8 hunting rights limited by
1930 Natural Resources Transfer Agreement — Wild-
life Act, R.S.A. 1980, c. W-9, ss. 18, 42 — Treaty No. 8
— Natural Resources Transfer Agreement, 1930,
para. 12.*

Appellant, a Treaty 8 Indian, killed a grizzly bear in self-defence while hunting moose for food. He did not at the time have a licence under the Alberta *Wildlife Act* to hunt grizzly bears or sell their hides. A year later, in need of money to support his family, he purchased a grizzly bear hunting licence and sold the grizzly hide. This was an isolated act and not part of any planned commercial activity. Appellant was charged with unlawfully trafficking in wildlife, contrary to s. 42 of the *Wildlife Act*. At trial, he argued that the Act did not apply to him and that he was within his Treaty 8 rights when he sold the bear hide. This treaty secured the Indians' right "to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing . . . subject to such regulations as [might] from time to time be made by the Government of the country". The trial judge found that the appellant's Treaty 8 hunting rights included the right to barter and acquitted him. The summary conviction appeal court set aside the acquittal and convicted the appellant. The court held that the Alberta Natural Resources Transfer Agreement of 1930 had limited the

Bert Horseman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Manitoba et le
procureur général de la Saskatchewan**
b *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. HORSEMAN

N° du greffe: 20582.

c

1989: 27 novembre; 1990: 3 mai.

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

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

d

*Indiens — Droits de chasse — Un Indien visé par un
traité a tué un ours en légitime défense et en a plus tard
vendu la peau — La Wildlife Act de l'Alberta interdit
le trafic d'un animal de la faune sans permis —
e L'interdiction s'applique-t-elle aux Indiens visés par le
Traité n° 8? — Les droits de chasse énoncés au Traité
n° 8 sont-ils limités par la Convention sur le transfert
des ressources naturelles de 1930? — Wildlife Act,
R.S.A. 1980, ch. W-19, art. 18, 42 — Traité n° 8 —
f Convention sur le transfert des ressources naturelles,
1930, art. 12.*

L'appelant, un Indien visé par le Traité n° 8, a tué un grizzli en légitime défense alors qu'il chassait l'original pour se nourrir. À l'époque, il n'était pas titulaire du permis requis par la *Wildlife Act* de l'Alberta pour chasser le grizzli ou pour en vendre la peau. Un an plus tard, ayant besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille, il a acheté un permis l'autorisant à chasser et à tuer un grizzli, et a vendu la peau du grizzli. Il s'agissait d'un acte isolé qui ne faisait pas partie d'une activité commerciale planifiée. L'appelant a été accusé d'avoir fait le trafic illégal d'un animal de la faune, contrairement à l'art. 42 de la *Wildlife Act*. Au procès, il a fait valoir que la Loi ne s'appliquait pas à lui et qu'il avait exercé des droits que lui conférait le Traité n° 8 quand il a vendu la peau de l'ours. Ce traité garantissait aux Indiens le droit «de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche [. . .] subordonnées à tels règlements qui [pourraient] être faits de temps à autre par le gouvernement du pays». Le juge de première instance a statué que les droits de chasse de l'appelant énoncés au

Treaty 8 hunting rights to a right to hunt for food only. The Court of Appeal upheld the decision.

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

Per Lamer, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: Section 42 of the Alberta *Wildlife Act* is a provincial law of general application which is applicable to Indians pursuant to s. 88 of the *Indian Act* so long as it does not conflict with a treaty right. The hunting rights reserved to the Indians in 1899 by Treaty No. 8 included hunting for commercial purposes, but these rights were subject to governmental regulation and have been limited to the right to hunt for food only—that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family—by para. 12 of the Transfer Agreement. In exchange for the reduction in the right to hunt for purposes of commerce, the Crown widened the hunting territory and the means by which the Indians could hunt for food. The federal government's power to make such a modification unilaterally is unquestioned. Here, the appellant's sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" which might include purchasing food for nourishment. The sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as limited by the Transfer Agreement of 1930. The application of s. 42 of the *Wildlife Act* to the appellant was therefore not precluded by s. 88 of the *Indian Act*. The fact that a grizzly bear was killed by the appellant in self-defence or the fact that he obtained a grizzly bear hunting permit after he was in the possession of a bear hide is irrelevant to a consideration of whether there has been a breach of s. 42. The grizzly bear is in a precarious position, and trafficking in bear hides, other than pursuant to the provisions of the *Wildlife Act*, threatens its very existence. Section 42 is valid legislation enacted by the government with jurisdiction in the field. It reflects a *bona fide* concern for the preservation of a species.

Per Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians.

Traité n° 8 comprenaient le droit de troquer, et il l'a acquitté. La cour d'appel des déclarations sommaires de culpabilité a annulé l'acquiescement et déclaré l'appelant coupable. Elle a conclu que la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 avait limité les droits de chasse énoncés au Traité n° 8 à un droit de chasse à seule fin de se nourrir. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

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

Les juges Lamer, La Forest, Gonthier et Cory: L'article 42 de la *Wildlife Act* de l'Alberta est une disposition législative provinciale d'application générale qui peut s'appliquer aux Indiens conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, pourvu qu'elle ne soit incompatible avec aucun droit découlant d'un traité. Les droits de chasse garantis aux Indiens en 1899 par le Traité n° 8 comprenaient le droit de chasser à des fins commerciales, mais l'art. 12 de la Convention de transfert a assujéti ces droits à la réglementation gouvernementale et les a limités au droit de chasser à seule fin de se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien lui-même ou de sa famille. En échange de la réduction du droit de chasser à des fins commerciales, Sa Majesté a élargi les territoires de chasse des Indiens et les méthodes qu'ils pourraient employer en chassant pour se nourrir. La compétence du gouvernement fédéral pour effectuer unilatéralement une telle modification est incontestée. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes» pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. La vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité n° 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* n'empêche donc pas l'application à l'appelant de l'art. 42 de la *Wildlife Act*. Le fait que l'appelant a tué un grizzli en légitime défense ou qu'il s'est procuré un permis de chasse au grizzli alors qu'il avait déjà en sa possession une peau d'ours n'est pas pertinent quant à savoir s'il y a eu infraction à l'art. 42. La situation du grizzli est précaire et le trafic de peaux d'ours fait autrement qu'en conformité avec les dispositions de la *Wildlife Act* menace son existence même. L'article 42 est une disposition législative valide adoptée par le gouvernement compétent. Il traduit un souci réel de préserver une espèce animale.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidents): Les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de

They are *sui generis*, being the product of negotiation between very different cultures. Courts must therefore look at the broader historical context to ensure that they reach a proper understanding of the meaning that particular treaties held for their signatories at the time. In 1899, the Indians were concerned that the most important aspect of their way of life, their ability to hunt and fish, not be interfered with. The language of Treaty No. 8 embodied a solemn engagement to Indians that their means of livelihood would be respected, and this promise was the *sine qua non* for obtaining their agreement to enter into the treaty. In guaranteeing the Indians the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing "subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country", the Canadian government committed itself to regulate hunting in a manner that would respect the Indians' lifestyle and the way in which they had traditionally pursued their livelihood.

Paragraph 12 of the Transfer Agreement was intended to respect the guarantees enshrined in Treaty No. 8, and the modifications to the areas within which Treaty 8 Indians would thereafter be able to engage in their traditional way of life should not be viewed as an attempt to abrogate or limit the Indians' rights to hunt and fish. Given the government's solemn commitment to Treaty 8 Indians, the term hunting "for food" in para. 12 should be construed as encompassing hunting for support and subsistence, which includes hunting in order to exchange the product of the hunt for other items, as opposed to purely commercial or sport hunting. Paragraph 12 must also be construed as conferring on the province of Alberta the power to regulate sport hunting and hunting for purely commercial purposes rather than as enabling it to place serious and invidious restrictions on traditional Indian hunting practices.

The killing of the bear in this case was not an act of "hunting"; it was an act of self-defence. Moreover, the sale of the hide was an isolated transaction for the purpose of support and subsistence. The appellant's conduct, therefore, is not caught by s. 42 of the *Alberta Wildlife Act*, which is applicable to Treaty 8 Indians only to the extent that they are engaged in commercial or sport hunting.

façon juste, large et libérale. Ces traités, qui sont le produit de négociations entre des cultures très différentes, sont des accords *sui generis*. Les tribunaux doivent donc examiner le contexte historique général adéquate de la signification que revêtaient ces traités particuliers pour leurs signataires à l'époque. En 1899, les Indiens ne voulaient pas qu'on porte atteinte à l'aspect le plus important de leur mode de vie, c'est-à-dire leur capacité de chasser et de pêcher. Le langage du Traité n° 8 exprimait un engagement solennel envers les Indiens que leur mode de subsistance serait respecté et cette promesse était la condition *sine qua non* de leur signature du traité. En garantissant aux Indiens le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche «subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays», le gouvernement canadien s'est engagé à réglementer la chasse d'une manière qui respecterait le mode de vie des Indiens et la façon dont ils avaient traditionnellement gagné leur vie.

L'article 12 de la Convention de transfert visait à respecter les garanties enchâssées dans le Traité n° 8 et les modifications apportées aux zones dans lesquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 pourraient exercer leur mode de vie traditionnel ne devraient pas être considérées comme une tentative d'abroger ou de limiter les droits de chasse ou de pêche des Indiens. Compte tenu de l'engagement solennel du gouvernement envers les Indiens visés par le Traité n° 8, l'expression chasser «pour se nourrir» à l'art. 12 devrait être interprétée comme visant la chasse à des fins de support et de subsistance, ce qui comprend la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive. Il faut également interpréter l'art. 12 comme une disposition qui confère à la province d'Alberta le pouvoir de réglementer la chasse sportive et la chasse à des fins purement commerciales plutôt que comme une disposition lui permettant d'imposer des restrictions sévères et injustes aux pratiques de chasse traditionnelles des Indiens.

En tuant l'ours en l'espèce, on a accompli non pas un acte de «chasse», mais un acte de légitime défense. De plus, la vente de la peau était une opération isolée, effectuée dans un but de support et de subsistance. La conduite de l'appelant n'est donc pas visée par l'art. 42 de la *Wildlife Act* de l'Alberta qui n'est applicable aux Indiens visés par le Traité n° 8 que dans la mesure où ils se livrent à la chasse commerciale ou sportive.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; **referred to:** *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137.

By Wilson J. (dissenting)

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi; *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Sikyee v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451.

Statutes and Regulations Cited

An Act further to amend "The Indian Act" chapter forty-three of the Revised Statutes, S.C. 1890, c. 29, s. 10.
Constitution Act, 1867.
Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (U.K.) [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 25], s. 1.
Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 69.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.
 Natural Resources Transfer Agreement [confirmed by the *Constitution Act, 1930*], para. 12.
 Treaty No. 8 (1899).
Unorganized Territories' Game Preservation Act, 1894, S.C. 1894, c. 31, ss. 2, 4 to 8, 26.
Wildlife Act, R.S.A. 1980, c. W-9, ss. 1(s), 18, 42.

Authors Cited

Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight." In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979.
 Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
 Hickey, Lynn, Richard L. Lightning and Gordon Lee. "T.A.R.R. Interview with Elders Program". In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; **arrêts mentionnés:** *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. [1965] R.C.S. vi; *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Sikyee v. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451.

Lois et règlements cités

Acte ayant pour objet de modifier de nouveau l'Acte des Sauvages, chapitre quarante-trois des Statuts révisés, S.C. 1890, ch. 29, art. 10.
Acte de 1894 relatif à la conservation du gibier dans les Territoires non organisés, S.C. 1894, ch. 31, art. 2, 4 à 8, 26.
 Convention sur le transfert des ressources naturelles [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*], art. 12.
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 (R.-U.) [reproduite dans R.S.C. 1970, app. II, n° 25], art. 1.
Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 69.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 88.
 Traité n° 8 (1899).
Wildlife Act, R.S.A. 1980, ch. W-9, art. 1s), 18, 42.

Doctrines citées

Daniel, Richard. «The Spirit and Terms of Treaty Eight.» In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institut de recherches politiques, 1979.
 Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
 Hickey, Lynn, Richard L. Lightning and Gordon Lee. «T.A.R.R. Interview with Elders Program». In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institut de recherches politiques, 1979.

La Forest, G. V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

Laird, David, J. Ross and J. McKenna. "Report of Commissioners for Treaty No. 8." In *Treaty No. 8 Made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc.* Ottawa: Reprinted by Queen's Printer, 1966.

O'Chiese, Peter, et al. "Interviews with Elders." In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979.

Ray, Arthur J. *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (Department of History, University of British Columbia, 1985) [unpublished].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 146, 78 A.R. 351, [1987] 5 W.W.R. 454, [1987] 4 C.N.L.R. 99, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Stratton J. (1986), 69 A.R. 13, [1986] 2 C.N.L.R. 94, allowing the Crown's appeal from the appellant's acquittal by Wong Prov. Ct. J., [1986] 1 C.N.L.R. 79, on a charge of trafficking in wildlife. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Kenneth E. Staroszik, for the appellant.

Richard F. Taylor and Margaret Unsworth, for the respondent.

Donna J. Miller and Gordon E. Hannon, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

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

WILSON J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and must respectfully disagree with his conclusion that the appellant's conduct is caught by s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9.

La Forest, G. V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

^a Laird, David, J. Ross et J. McKenna. «Rapport des commissaires sur le traité n° 8.» Dans *Traité n° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

^b O'Chiese, Peter, et al. «Interviews with Elders.» In *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Edited by Richard Price. Montréal: Institut de recherches politiques, 1979.

^c Ray, Arthur J. *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (Department of History, University of British Columbia, 1985) [inédit].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 146, 78 A.R. 351, [1987] 5 W.W.R. 454, [1987] 4 C.N.L.R. 99, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Stratton (1986), 69 A.R. 13, [1986] 2 C.N.L.R. 94, qui avait accueilli l'appel de Sa Majesté contre l'acquiescement de l'appelant prononcé par le juge Wong de la Cour provinciale, [1986] 1 C.N.L.R. 79, relativement à une accusation de trafic d'un animal de la faune. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Kenneth E. Staroszik, pour l'appelant.

^g *Richard F. Taylor et Margaret Unsworth*, pour l'intimée.

Donna J. Miller et Gordon E. Hannon, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

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

^j LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et je ne puis, en toute déférence, souscrire à sa conclusion que la conduite de l'appelant est visée par l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9.

While my colleague has reviewed the facts of this appeal and the decisions of the lower courts, I believe it is important to emphasize that all parties were agreed and the trial judge so found that Mr. Horseman was legitimately engaged in hunting moose for his own use in the Treaty 8 area when he killed the bear in self-defence. Mr. Horseman did not kill the bear with a view to selling its hide although he was eventually driven to do so a year later in order to feed himself and his family. The sale of the bear hide was an isolated act and not part of any planned commercial activity. None of this is in dispute.

The narrow question before us in this appeal then is whether the isolated sale for food of a bear hide obtained by the appellant fortuitously as the result of an act of self-defence is something that the government of Alberta is entitled to penalize under the *Wildlife Act*. In my view, the answer to this question requires a careful examination of the terms of Treaty No. 8 and the wording of para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Alberta) (the "Transfer Agreement").

Interpreting Indian Treaties

This Court has already established a number of important guidelines for the interpretation of Indian treaties. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, Dickson J. (as he then was) stated at p. 36:

... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians . . . In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians". [Emphasis added.]

In *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402, Dickson C.J. pointed to his observation in *Nowegijick* and reiterated that "Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians".

Bien que mon collègue ait examiné les faits de ce pourvoi et les décisions des tribunaux d'instance inférieure, je crois qu'il est important de souligner que toutes les parties ont reconnu, et le juge de première instance en a conclu ainsi, que M. Horseman chassait légitimement l'original à des fins de consommation personnelle dans le territoire visé par le Traité n° 8 lorsqu'il a tué l'ours en légitime défense. Monsieur Horseman n'a pas tué l'ours en vue de vendre sa peau bien qu'il ait été éventuellement obligé de le faire un an plus tard afin de pourvoir à sa propre alimentation et à celle de sa famille. La vente de la peau de l'ours était un acte isolé et ne faisait pas partie d'une activité commerciale planifiée. Rien de tout cela n'est contesté.

La question restreinte qu'il nous faut trancher dans ce pourvoi est donc de savoir si le gouvernement de l'Alberta peut punir l'appelant par une sanction en vertu de la *Wildlife Act* pour la vente isolée, effectuée dans le but de se nourrir, d'une peau d'ours obtenue par hasard par suite d'un acte de légitime défense. À mon avis, pour répondre à cette question, il faut examiner attentivement les conditions du Traité n° 8 et le texte de l'art. 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930 (Alberta) (la «Convention de transfert»).

L'interprétation des traités conclus avec les Indiens

Notre Cour a déjà établi un certain nombre de directives importantes pour interpréter les traités conclus avec les Indiens. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme, à la p. 36:

... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens [...] Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent [...] être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage [...] mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage». [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402, le juge en chef Dickson a rappelé l'observation qu'il avait faite dans l'arrêt *Nowegijick* et a répété que «les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de façon juste, large et libérale».

The interpretive principles developed in *Nowegijick* and *Simon* recognize that Indian treaties are *sui generis* (per Dickson C.J. at p. 404 of *Simon*, *supra*). These treaties were the product of negotiation between very different cultures and the language used in them probably does not reflect, and should not be expected to reflect, with total accuracy each party's understanding of their effect at the time they were entered into. This is why the courts must be especially sensitive to the broader historical context in which such treaties were negotiated. They must be prepared to look at that historical context in order to ensure that they reach a proper understanding of the meaning that particular treaties held for their signatories at the time.

But the interpretive principles set out in *Nowegijick* and *Simon* were developed not only to deal with the unique nature of Indian treaties but also to address a problem identified by Norris J.A. in *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649 (aff'd [1965] S.C.R. vi):

In view of the argument before us, it is necessary to point out that on numerous occasions in modern days, rights under what were entered into with Indians as solemn engagements, although completed with what would now be considered informality, have been whittled away on the excuse that they do not comply with present day formal requirements and with rules of interpretation applicable to transactions between people who must be taken in the light of advanced civilization to be of equal status.

In other words, to put it simply, Indian treaties must be given the effect the signatories obviously intended them to have at the time they were entered into even if they do not comply with to-day's formal requirements. Nor should they be undermined by the application of the interpretive rules we apply to-day to contracts entered into by parties of equal bargaining power.

In my view, the interpretive principles set out in *Nowegijick* and *Simon* are fundamentally sound and have considerable significance for this appeal.

Les principes d'interprétation établis dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* reconnaissent que les traités conclus avec les Indiens sont des accords *sui generis* (le juge en chef Dickson, à la p. 404 de l'arrêt *Simon*, précité). Ces traités sont le produit de négociations entre des cultures très différentes et le langage utilisé ne reflète probablement pas, et on ne devrait pas s'attendre à ce qu'il le fasse, avec exactitude la compréhension que chaque partie a eue de leur effet à l'époque de leur conclusion. C'est pourquoi les tribunaux doivent être particulièrement attentifs au contexte historique général dans lequel ces traités ont été négociés. Ils doivent être prêts à examiner le contexte historique pour s'assurer de parvenir à une compréhension adéquate de la signification que revêtaient ces traités particuliers pour leurs signataires à l'époque.

Mais les principes d'interprétation énoncés dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* ont été établis non seulement pour répondre à la nature unique des traités avec les Indiens mais également pour aborder le problème identifié par le juge Norris de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), à la p. 649 (conf. [1965] R.C.S. vi):

[TRADUCTION] Compte tenu de l'argumentation qui nous est soumise, il est nécessaire de souligner qu'à plusieurs reprises de nos jours, des droits découlant de ce que les Indiens considéraient comme des engagements solennels, bien que pris, suivant les critères d'aujourd'hui, sans formalités, ont été réduits progressivement sous prétexte qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences formelles actuelles et aux règles d'interprétation applicables aux opérations entre des peuples qui doivent être considérés selon la civilisation évoluée comme égaux.

En d'autres termes plus simples, il faut accorder aux traités avec les Indiens l'effet que leurs signataires avaient évidemment l'intention de leur donner à l'époque de leur conclusion même s'ils ne sont pas conformes aux exigences formelles actuelles. Ils ne devraient pas non plus être minés par l'application des règles d'interprétation que nous appliquons aujourd'hui aux contrats conclus entre des parties qui ont un pouvoir de négociation égal.

À mon avis, les principes d'interprétation formulés dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* sont fondamentalement justes et ont une importance consi-

Any assessment of the impact of the Transfer Agreement on the rights that Treaty 8 Indians were assured in the treaty would continue to be protected cannot ignore the fact that Treaty No. 8 embodied a “solemn engagement”. Accordingly, when interpreting the Transfer Agreement between the federal and provincial governments we must keep in mind the solemn commitment made to the Treaty 8 Indians by the federal government in 1899. We should not readily assume that the federal government intended to renege on the commitment it had made. Rather we should give it an interpretation, if this is possible on the language, which will implement and be fully consistent with that commitment. It is appropriate, therefore, to begin the analysis of the issues in this appeal with a review of the nature of the “solemn engagement” embodied in Treaty No. 8.

Treaty No. 8 and Indian Hunting Rights

In his *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (unpublished; June 13, 1985, at p. 8), Professor Ray warns of the dangers involved in trying to understand the hunting practices of Indians in the Treaty 8 area by drawing neat distinctions between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes. He notes that Indians in the Treaty 8 area had developed a way of life that centred on wildlife resources. They hunted beaver, moose, caribou and wood buffalo with a view to consuming some portions of their catch and exchanging other portions. “For these reasons, differentiating domestic hunting from commercial hunting is unrealistic and does not enable one to fully appreciate the complex nature of the native economy following contact” (p. 9).

Others have confirmed Professor Ray’s understanding of the world in which Treaty 8 Indians lived prior to 1899: see, for example, Richard Daniel’s observations in “The Spirit and Terms of Treaty Eight”, in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (Richard Price, ed., Institute for Research on Public Policy, 1979), at pp. 47 to 100.

dérable dans ce pourvoi. Aucune évaluation des répercussions de la Convention de transfert sur les droits des Indiens qu’on avait promis de protéger dans le Traité n° 8 ne peut ignorer le fait que le Traité n° 8 contenait un «engagement solennel». Par conséquent, lorsqu’on interprète la Convention de transfert entre le fédéral et les gouvernements provinciaux, il faut avoir à l’esprit l’engagement solennel que le gouvernement fédéral a pris en 1899 envers les Indiens visés par le Traité n° 8. Il ne faudrait pas s’empresse de présumer que le gouvernement fédéral a voulu renier l’engagement qu’il avait pris. Nous devrions plutôt lui donner une interprétation, si le langage utilisé nous le permet, qui en assurera la mise en œuvre et qui sera tout à fait conforme à cet engagement. Il est donc approprié de commencer l’analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi par l’examen de la nature de «l’engagement solennel» contenu dans le Traité n° 8.

Le Traité n° 8 et les droits de chasse des Indiens

Dans son ouvrage intitulé *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (inédit, 13 juin 1985, à la p. 8), le professeur Ray nous prévient des risques de tenter de comprendre les pratiques de chasse des Indiens du territoire visé par le Traité n° 8 en établissant des distinctions nettes entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et la chasse à des fins commerciales. Il souligne que les Indiens du territoire visé par le Traité n° 8 avaient adopté un mode de vie axé sur les ressources fauniques. Ils chassaient le castor, l’orignal, le caribou et le bison des bois en vue d’en consommer une partie et d’en échanger l’autre. [TRADUCTION] «C’est pourquoi il est irréaliste de faire une distinction entre la chasse pour subvenir aux besoins domestiques et la chasse commerciale; cela ne permet pas d’ailleurs de se rendre pleinement compte de la complexité de l’économie des autochtones après l’arrivée des Blancs» (p. 9).

D’autres auteurs ont confirmé la compréhension qu’avait le professeur Ray du monde dans lequel les Indiens visés par le Traité n° 8 vivaient avant 1899: voir, par exemple, les observations de Richard Daniel dans son ouvrage «The Spirit and Terms of Treaty Eight» dans *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (Richard Price, éd., Insti-

In my view, it is important to bear in mind this picture of the Treaty 8 Indians' way of life prior to 1899 when considering the context in which they consented to Treaty No. 8.

In one of the most detailed studies of the history of the negotiations leading up to Treaty No. 8, *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), R. Fumoleau explains why the Canadian government sought an agreement with the Treaty 8 Indians. The Klondyke gold rush gave rise to serious problems throughout 1897 and 1898, with miners travelling through territory occupied by the Indians and paying little respect to their traditional way of life. Inevitably conflict broke out as the Indians retaliated. The government of Canada quickly realized that it was necessary to reach an understanding with the Indians about future relations. Commissioners Laird, Ross and McKenna were therefore sent out to negotiate a treaty with the Indians.

Mr. Daniel's study of these negotiations reveals that the Indians were especially concerned that the most important aspect of their way of life, their ability to hunt and fish, not be interfered with. He points out that the Commissioners repeatedly sought to assure the Indians that they would continue to be free to pursue these activities as they always had. In the course of treaty negotiations at Lesser Slave Lake in June 1899 (negotiations that set the pattern for subsequent agreements with other Indian groups near Fort St. John, Fort Chipewyan, Fond du Lac, Fort Resolution and Wabasca), Commissioner Laird told the assembled Indians that "Indians have been told that if they make a treaty they will not be allowed to hunt and fish as they do now. This is not true. Indians who take treaty will be just as free to hunt and fish all over as they now are." (See: Daniel, *op. cit.*, at p. 76). Similarly, Mr. Fumoleau has observed that "[o]nly when the Treaty Commissioners promised them that they would be free to hunt and trap and fish for a living, and that their rights would be protected against the abuses of white hunters and trappers, did the Indians at each trading post of

tut de recherches politiques, 1979), aux pp. 47 à 100. À mon avis, il est important d'avoir à l'esprit cette description du mode de vie des Indiens visés par le Traité n° 8 avant 1899, en examinant le contexte dans lequel ils ont consenti au Traité n° 8.

Dans une des études les plus détaillées de l'histoire des négociations à l'origine du Traité n° 8, *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), R. Fumoleau explique pourquoi le gouvernement canadien voulait conclure un accord avec les Indiens visés par le Traité n° 8. La ruée vers l'or du Klondyke a suscité de graves problèmes au cours des années 1897 et 1898 parce que les mineurs empruntaient le territoire occupé par les Indiens et respectaient peu leur mode de vie traditionnel. Les Indiens ont répliqué et des conflits inévitables ont éclaté. Le gouvernement canadien a vite compris qu'il était nécessaire de parvenir à une entente avec les Indiens quant à leurs relations futures. Les commissaires Laird, Ross et McKenna ont donc été mandatés pour négocier un traité avec les Indiens.

Dans son étude de ces négociations, M. Daniel indique que les Indiens ne voulaient surtout pas qu'on porte atteinte à l'aspect le plus important de leur mode de vie, c'est-à-dire leur capacité de chasser et de pêcher. Il souligne que les commissaires ont tenté à maintes reprises d'assurer les Indiens qu'ils demeureraient libres d'exercer ces activités comme ils l'avaient toujours fait. Au cours des négociations tenues au Petit lac des Esclaves en juin 1899 (des négociations qui devaient servir de base aux ententes ultérieures avec d'autres groupes d'Indiens situés près de Fort St. John, Fort Chipewyan, Fond du Lac, Fort Resolution et Wabasca), le commissaire Laird a dit aux Indiens réunis que [TRADUCTION] «les Indiens se sont fait dire que s'ils signent un traité ils ne pourront plus chasser et pêcher comme ils le font actuellement. Cela est faux. Les Indiens qui signeront le traité seront tout aussi libres qu'ils le sont actuellement de chasser et de pêcher partout.» (Voir: Daniel, *op. cit.*, à la p. 76). De même, M. Fumoleau a fait remarquer que [TRADUCTION] «[c]e n'est que lorsque les commissaires leur ont promis qu'ils seraient libres de chasser, de piéger

the Treaty 8 area consent to sign the treaty” (Fumoleau, *op. cit.*, at p. 65).

The official report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 (presented to the Minister of the Interior on September 22, 1899) confirms both that hunting and fishing rights were of particular concern to the Indians and that the Commissioners were at pains to make clear that the government of Canada did not wish to interfere with their traditional way of life. The Commissioners reported (at p. 6):

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it. [Emphasis added.]

Interviews with Indian elders of the Lesser Slave Lake area confirm the archival evidence with respect to the critical role played by the promise with respect to hunting and fishing rights. James Cornwall, who was present at the treaty negotiations at Lesser Slave Lake, signed an affidavit in 1937 (see Fumoleau, *op. cit.*, at pp. 74-75) in which he stated:

Much stress was laid on one point by the Indians, as follows: They would not sign under any circumstances, unless their right to hunt, trap and fish was guaranteed and it must be understood that these rights they would never surrender.

et de pêcher pour vivre et que leurs droits seraient protégés contre les abus des chasseurs et des trappeurs blancs que les Indiens de chaque poste de traite du territoire visé par le Traité n° 8 ont consenti à signer le traité» (Fumoleau, *op. cit.*, à la p. 65).

Le rapport officiel des commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 (présenté au ministre de l'Intérieur le 22 septembre 1899) confirme à la fois que les Indiens étaient particulièrement préoccupés de leurs droits de chasse et de pêche et que les commissaires se sont efforcés de leur expliquer clairement que le gouvernement canadien ne voulait pas porter atteinte à leur mode de vie traditionnel. Les commissaires mentionnent dans leur rapport (à la p. 6):

Notre principale difficulté à surmonter était la crainte qu'on restreindrait leurs privilèges de chasse et de pêche.

La disposition du traité en vertu de laquelle des munitions et de la ficelle devaient être fournies contribua beaucoup à apaiser [*sic*] les craintes des sauvages, car ils admirent qu'il ne serait pas raisonnable de leur fournir les moyens de chasser et de pêcher si l'on devait faire une loi qui restreindrait tellement la chasse et la pêche qu'il serait presque impossible de gagner sa vie en s'y livrant. Mais en sus de cette disposition nous avons dû leur affirmer solennellement qu'on ne ferait sur la chasse et la pêche que des lois qui seraient dans l'intérêt des sauvages et qu'on trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure, et qu'ils seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu'ils le seraient s'ils n'avaient jamais fait de traité. [Je souligne.]

Des entrevues avec les anciens parmi les Indiens du territoire du Petit lac des Esclaves confirment la preuve documentaire du rôle capital joué par la promesse relative aux droits de chasse et de pêche. James Cornwall, présent lors des négociations au Petit lac des Esclaves, a signé un affidavit en 1937 (voir Fumoleau, *op. cit.*, aux pp. 74 et 75), dans lequel il affirme:

[TRADUCTION] Les Indiens ont insisté beaucoup sur un point: à moins que leur droit de chasser, de piéger et de pêcher ne soit garanti, ils ne signeraient jamais le traité, car il fallait comprendre qu'ils ne renonceraient jamais à ces droits.

More recent interviews with William Okeymaw of the Sucker Creek Reserve and Felix Gobot of Fort Chipewyan confirm that the treaty was to “be in effect as long as the sun shines and the rivers flow” (see: p. 151 of Peter O’Chiese et al., “Interviews with Elders”, in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, op. cit., at pp. 113-60). Lynn Hickey, Richard L. Lightning and Gordon Lee, who have conducted numerous interviews with elders in the Treaty 8 area, summarize the result of their findings as follows, in “T.A.R.R. Interview with Elders Program”, in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, pp. 103-12 (at p. 106):

It is agreed that the treaty involved surrendering land, though a few people express this as an agreement to share land or surrender the surface only. Land is the only thing that was given up, however. The main discussion of the treaty by most elders concerns hunting, fishing, and trapping and how rights to pursue their traditional livelihood were not given up and were even strongly guaranteed in the treaty to last forever. Giving up the land would not interfere with the Indian’s pursuit of his livelihood, and the Indians only signed the treaty on this condition. [Emphasis added.]

While one must obviously be sensitive to the fact that contemporary oral evidence of the meaning of provisions of Treaty No. 8 will not necessarily capture the understanding of the treaty that the Indians had in 1899, in my view such evidence is relevant where it confirms the archival evidence with respect to the meaning of the treaty. Indeed, it seems to me to be of particular significance that the Treaty 8 Commissioners, historians who have studied Treaty No. 8, and Treaty 8 Indians of several different generations unanimously affirm that the government of Canada’s promise that hunting, fishing and trapping rights would be protected forever was the *sine qua non* for obtaining the Indians’ agreement to enter into Treaty No. 8. Hunting, fishing and trapping lay at the centre of their way of life. Provided that the source of their livelihood was protected, the Indians were pre-

Des entrevues plus récentes avec William Okeymaw de la réserve Sucker Creek et Felix Gobot de Fort Chipewyan confirment que le traité devait [TRADUCTION] «demeurer en vigueur aussi longtemps que le soleil brillerait et que les rivières couleraient» (voir: p. 151 de «Interviews with Elders» de Peter O’Chiese et autres, dans *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, op. cit., aux pp. 113 à 160). Lynn Hickey, Richard L. Lightning et Gordon Lee qui ont mené plusieurs entrevues avec des anciens dans le territoire visé par le Traité n° 8, résumant le résultat de leurs recherches de la façon suivante dans «T.A.R.R. Interview with Elders Program» dans *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, aux pp. 103 à 112 (à la p. 106):

[TRADUCTION] On reconnaît que le traité exigeait de céder les terres bien que peu de gens aient compris qu’il s’agissait d’une entente en vue de partager les terres ou d’en céder la surface seulement. Les terres sont cependant la seule chose qui ait été cédée. Selon la plupart des anciens, le principal sujet de discussion du traité portait sur la chasse, la pêche et le piégeage et sur la façon dont les droits de poursuivre leur mode de subsistance traditionnel n’ont pas été abandonnés et ont même été l’objet d’une garantie importante dans le traité de manière à exister éternellement. Le fait de céder les terres ne porterait pas atteinte au mode de subsistance des Indiens et c’est à cette seule condition que les Indiens ont signé le traité. [Je souligne.]

Bien qu’il faille évidemment être conscient du fait que la preuve testimoniale contemporaine relative au sens des dispositions du Traité n° 8 ne permettra pas nécessairement de saisir la compréhension du traité que les Indiens avaient en 1899, j’estime que cette preuve est pertinente lorsqu’elle confirme la preuve documentaire relative à la signification du traité. En effet, j’estime particulièrement important le fait que les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8, les historiens qui l’ont étudié et les Indiens de plusieurs générations différentes visés par ce traité aient affirmé unanimement que la promesse du gouvernement canadien que les droits de chasse, de pêche et de piégeage seraient éternellement protégés était la condition *sine qua non* de la signature du Traité n° 8 par les Indiens. La chasse, la pêche et le piégeage étaient au centre de leur mode de vie. Pourvu que leurs

pared to allow the government of Canada to “have title” to the land in the Treaty 8 area.

In my view, it is in light of this historical context, one which did not, from the Indians’ perspective, allow for simple distinctions between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes and which involved a solemn engagement that Indians would continue to have unlimited access to wildlife, that one must understand the provision in Treaty No. 8 that reads:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

If we are to remain faithful to the interpretive principles set out in *Nowegijick* and *Simon*, then we must not only be careful to understand that the language of Treaty No. 8 embodied a solemn engagement to Indians in the Treaty 8 area that their livelihood would be respected, but we must also recognize that in referring to potential “regulations” with respect to hunting, trapping and fishing the government of Canada was promising that such regulations would always be designed so as to ensure that the Indians’ way of life would continue to be respected. To read Treaty No. 8 as an agreement that was to enable the government of Canada to regulate hunting, fishing and trapping in any manner that it saw fit, regardless of the impact of the regulations on the “usual vocations” of Treaty 8 Indians, is not credible in light of oral and archival evidence that includes a Commissioners’ report stating that a solemn assurance was made that only such laws “as were in the interest of the Indians and were found necessary in

moyens de subsistance soient protégés, les Indiens étaient prêts à conférer au gouvernement du Canada le [TRADUCTION] «titre» sur les terres visées par le Traité n° 8.

^a J’estime que c’est compte tenu de ce contexte historique, un contexte qui, selon les Indiens, ne permettait pas d’établir de simples distinctions entre la chasse pour subvenir à des besoins domestiques et la chasse à des fins commerciales et qui comportait un engagement solennel que les Indiens continueraient d’avoir un accès illimité aux ressources fauniques, qu’il faut aborder la disposition suivante du Traité n° 8:

^c Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu’ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l’étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets. [Je souligne.]

^f Si nous voulons être fidèles aux principes d’interprétation formulés dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon*, nous devons alors non seulement prendre soin de comprendre que le langage du Traité n° 8 exprimait un engagement solennel envers les Indiens du territoire visé par le Traité n° 8 que leur mode de subsistance serait respecté, mais nous devons également reconnaître qu’en mentionnant des [TRADUCTION] «règlements» éventuels relatifs à la chasse, au piégeage et à la pêche, le gouvernement du Canada promettait que ces règlements seraient toujours conçus pour garantir aux Indiens que leur mode de vie serait toujours respecté. L’interprétation du Traité n° 8 comme une entente qui devait permettre au gouvernement canadien de réglementer la chasse, la pêche et le piégeage de la manière qu’il jugerait opportune, sans égard aux répercussions des règlements sur les «occupations ordinaires» des Indiens visés par le Traité n° 8, n’est pas crédible compte tenu de la preuve testimoniale et documentaire qui comprend le rapport des commissaires dans lequel on affirme qu’on s’est engagé solennellement à ce que seules les lois «qui seraient dans l’intérêt des sauvages et qu’on

order to protect the fish and fur-bearing animals would be made”.

In other words, while the treaty was obviously intended to enable the government of Canada to pass regulations with respect to hunting, fishing and trapping, it becomes clear when one places the treaty in its historical context that the government of Canada committed itself to regulate hunting in a manner that would respect the lifestyle of the Indians and the way in which they had traditionally pursued their livelihood. Because any regulations concerning hunting and fishing were to be “in the interest” of the Indians, and because the Indians were promised that they would be as free to hunt, fish and trap “after the treaty as they would be if they never entered into it”, such regulations had to be designed to preserve an environment in which the Indians could continue to hunt, fish and trap as they had always done.

Natural Resources Transfer Agreement

When the province of Alberta was created in 1905 its government did not receive the power to control natural resources in the province. Control over natural resources in Alberta remained in the hands of the federal government until 1930 when Canada and Alberta entered into the Transfer Agreement which placed Alberta on the same footing as the other provinces. Mindful of the government of Canada’s responsibilities under a series of numbered treaties with Indians, the parties to the Transfer Agreement inserted a paragraph dealing with the Indians’ treaty rights to hunt, fish and trap. Paragraph 12 of the Transfer Agreement stated:

12 In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping, and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any

trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure» seraient adoptées.

En d’autres termes, bien que le traité ait évidemment eu pour but de permettre au gouvernement canadien d’adopter des règlements relatifs à la chasse, à la pêche et au piégeage, il devient clair lorsqu’on situe le traité dans son contexte historique que le gouvernement canadien s’est engagé à réglementer la chasse d’une manière qui respecterait le mode de vie des Indiens et la façon dont ils avaient traditionnellement gagné leur vie. Parce que tout règlement relatif à la chasse et à la pêche devait être «dans l’intérêt» des Indiens et parce qu’on leur avait promis qu’ils seraient tout aussi libres de chasser, de pêcher et piéger «après le traité qu’ils le seraient s’ils n’avaient jamais fait de traité», ces règlements devaient être conçus pour préserver l’environnement dans lequel les Indiens pourraient continuer à chasser, à pêcher et à piéger comme ils l’avaient toujours fait.

La Convention sur le transfert des ressources naturelles

Lors de la création de la province de l’Alberta en 1905, son gouvernement n’avait pas le pouvoir de réglementer les ressources naturelles de la province. Le gouvernement fédéral a conservé le pouvoir de réglementer les ressources naturelles en Alberta jusqu’en 1930, date à laquelle le Canada et l’Alberta ont conclu la Convention de transfert qui a fait de l’Alberta une province comme les autres. Conscientes des obligations du gouvernement canadien en vertu d’une série de traités numérotés conclus avec les Indiens, les parties à la Convention de transfert ont inséré un article portant sur les droits des Indiens de chasser, de pêcher et de piéger. L’article 12 de la Convention de transfert prévoyait:

12 Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l’approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s’appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l’année sur toutes

other lands to which the said Indians may have a right of access. [Emphasis added.]

In *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 180, G. V. La Forest (now a member of this Court) makes the following observation about para. 12 of the Transfer Agreement:

The effect of the provision is to give the Indians a constitutional right as against the provinces to hunt and fish on unoccupied Crown lands; it cannot be unilaterally altered by the provinces. It appears to have been inserted to protect similar rights accorded by the various treaties under which the Indians surrendered the territory now comprising the Prairie provinces, and it has been held to be quite proper to look at these treaties for assistance in determining the meaning of the provision. [Emphasis added.]

The proposition that para. 12 of the Transfer Agreement was formulated with a view to protecting Treaty 8 rights and that it is therefore quite proper to look at Treaty No. 8 in order to understand the meaning of para. 12 of the Transfer Agreement has been emphasized on a number of occasions. For example, in *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703, at pp. 705-6, Turgeon J.A. (Mackenzie J.A. concurring) stated:

As I have said, it is proper to consult this treaty in order to glean from it whatever may throw some light on the meaning to be given to the words in question. I would even say that we should endeavour, within the bounds of propriety, to give such meaning to these words as would establish the intention of the Crown and the Legislature to maintain the rights accorded to the Indians by the treaty. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.) (a case relied upon by this Court in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at p. 100) McNiven J.A. stated at p. 269:

I have already said that whatever rights with respect to hunting were granted to the Indians by the said treaty were merged in par. 12 of the Natural Resources Agreement, *supra*. I have only referred to the treaty for such assistance as its terms may give in interpreting the language used in par. 12 for we must attribute to parliament an intention to fulfil its terms. It is also a

les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès. [Je souligne.]

Dans son ouvrage intitulé *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), à la p. 180, G. V. La Forest (maintenant juge de notre Cour) fait la remarque suivante au sujet de l'art. 12 de la Convention de transfert:

[TRADUCTION] L'effet de la disposition est de conférer aux Indiens le droit constitutionnel, opposable aux provinces, de chasser et de pêcher sur les terres inoccupées de la Couronne; les provinces ne peuvent la modifier unilatéralement. Elle semble avoir été insérée pour protéger des droits semblables conférés par les divers traités en vertu desquels les Indiens ont cédé les terres sur lesquelles se trouvent maintenant situées les provinces des Prairies et on a décidé qu'il serait tout à fait approprié d'examiner ces traités pour essayer de déterminer le sens de la disposition. [Je souligne.]

On a souligné à maintes reprises que l'art. 12 de la Convention de transfert avait été formulé en vue de protéger les droits visés par le Traité n° 8 et qu'il est donc tout à fait approprié d'examiner le Traité n° 8 en vue de saisir le sens de cet article. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703, aux pp. 705 et 706, le juge Turgeon de la Cour d'appel (à l'opinion duquel a souscrit le juge Mackenzie) affirme:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit, il est justifié de consulter ce traité pour en extraire ce qui peut éclairer sur le sens qu'il faut donner aux mots en question. Je dirais même que nous devrions nous efforcer, dans les limites de ce qui est convenable, de donner à ces mots le sens qui ferait ressortir l'intention de Sa Majesté et du législateur de préserver les droits accordés aux Indiens par le traité. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.) (un arrêt sur lequel notre Cour s'est fondée dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, à la p. 100), le juge McNiven affirme, à la p. 269:

[TRADUCTION] J'ai déjà dit que quels que soient les droits de chasse conférés aux Indiens par le traité en question, ils se retrouvent à l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles, précité. Je n'ai fait appel au traité que pour l'assistance que peuvent apporter ses termes dans l'interprétation du langage utilisé à l'art. 12, car nous devons reconnaître au Parlement l'intention

cardinal rule of interpretation that words used in a statute are to be given their common ordinary and generally accepted meaning. Statutes are to be given a liberal construction so that effect may be given to each Act and every part thereof according to its spirit, true intent and meaning". [Emphasis added.]

The view expressed in *Smith* and in *Strongquill* to the effect that one should assume that Parliament intended to live up to its obligations under treaties with the Indians was subsequently approved by this Court in *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81. Hall J. (for the Court) adopted the following passage from *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, in which McGillivray J.A. had commented at p. 344:

I think the intention was that in hunting for sport or for commerce the Indian like the white man should be subject to laws which make for the preservation of game but, in hunting wild animals for the food necessary to his life, the Indian should be placed in a very different position from the white man who, generally speaking, does not hunt for food and was by the proviso to sec. 12 reassured of the continued enjoyment of a right which he has enjoyed from time immemorial. [Emphasis added.]

More recently, in *Frank v. The Queen*, *supra*, this Court reiterated that para. 12 was in part designed to ensure that the rights embodied in Treaty No. 8 were respected. Dickson J. stated at p. 100:

It would appear that the overall purpose of para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food. See *R. v. Wesley*; *R. v. Smith*; *R. v. Strongquill*. [Emphasis added.]

In my view, the decisions in *Smith* and *Wesley*, cases that were decided shortly after the Transfer Agreement came into force, as well as later decisions in cases like *Strongquill* and *Frank*, make clear that, to the extent that it is possible, one should view para. 12 of the Transfer Agreement as an attempt to respect the solemn engagement embodied in Treaty No. 8, not as an attempt to

de respecter ses termes. Il est également une règle d'interprétation fondamentale que les mots utilisés dans une loi doivent recevoir leur sens ordinaire généralement accepté. Il faut donner aux lois une interprétation libérale pour que chaque loi et chaque partie de celle-ci puissent s'appliquer conformément à son esprit, son intention et son sens véritables. [Je souligne.]

Dans l'arrêt ultérieur *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, notre Cour a approuvé l'opinion exprimée dans les arrêts *Smith* et *Strongquill* qu'il faut présumer que le Parlement voulait respecter ses obligations en vertu des traités avec les Indiens. Le juge Hall (s'exprimant au nom de la Cour) a fait sien l'extrait suivant de l'arrêt *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, dans lequel le juge McGillivray avait fait remarquer, à la p. 344:

[TRADUCTION] Le but poursuivi, à mon sens, c'était que, lorsque l'Indien, comme l'homme blanc, chasse dans un but sportif ou commercial, il soit assujéti aux lois touchant la préservation du gibier mais que, lorsqu'il chasse les animaux sauvages pour la nourriture essentielle à sa subsistance, il soit considéré d'un point de vue tout à fait différent de l'homme blanc qui, en général, ne chasse pas pour se nourrir; et il est, par l'exception stipulée à l'art. 12, assuré de la continuité de l'exercice d'un droit dont il jouit depuis un temps immémorial. [Je souligne.]

Dans l'arrêt plus récent *Frank c. La Reine*, précité, notre Cour a répété que l'art. 12 était conçu en partie pour assurer que les droits consacrés dans le Traité n° 8 soient respectés. Le juge Dickson affirme, à la p. 100:

Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance. Voir les arrêts *R. v. Wesley*; *R. v. Smith*, *R. v. Strongquill*. [Je souligne.]

À mon avis, les arrêts *Smith* et *Wesley* rendus peu de temps après l'entrée en vigueur de la Convention de transfert, ainsi que les arrêts ultérieurs *Strongquill* et *Frank*, établissent clairement que dans la mesure du possible il faut interpréter l'art. 12 de la Convention de transfert comme une tentative de respecter l'engagement solennel contenu dans le Traité n° 8 et non pas comme une tentative

abrogate or derogate from that treaty. While it is clear that para. 12 of the Transfer Agreement adjusted the areas within which Treaty 8 Indians would thereafter be able to engage in their traditional way of life, given the oral and archival evidence with respect to the negotiation of Treaty No. 8 and the pivotal nature of the guarantee concerning hunting, fishing and trapping, one should be extremely hesitant about accepting the proposition that para. 12 of the Transfer Agreement was also designed to place serious and invidious restrictions on the range of hunting, fishing and trapping related activities that Treaty 8 Indians could continue to engage in. In so saying I am fully aware that this Court has stated on previous occasions that it is not in a position to question an unambiguous decision on the part of the federal government to modify its treaty obligations: *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 293. We must, however, be satisfied that the federal government did make an “unambiguous decision” to renege on its Treaty 8 obligations when it signed the 1930 Transfer Agreement.

The respondent in this appeal has not pointed to any historical evidence in support of its claim that para. 12 of the Transfer Agreement was intended to limit the Indians’ traditional right to hunt and fish (which included a right of exchange) to one confined to hunting and fishing for personal consumption only. Absent such evidence, and in view of the implications of bad faith on the part of the federal government which would arise from it, I am not prepared to accept that this was the legislature’s intent. Indeed, it seems to me that in *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, which dealt with an analogous provision in the Transfer Agreement with Manitoba, Dickson J. was concerned to make clear that the restrictive approach favoured by the respondent is entirely inappropriate. He stated at p. 461:

Paragraph 13 of the Memorandum of Agreement, it is true, makes provincial game laws applicable to the Indians within the boundaries of the Province, but with the large and important proviso that assures them, *inter*

d’abroger ce traité ou d’y déroger. Bien qu’il soit clair que l’art. 12 de la Convention de transfert a défini les zones dans lesquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 pourraient exercer leur mode de vie traditionnel, il faudrait être extrêmement prudent avant d’accepter la proposition que l’art. 12 de la Convention de transfert visait également à imposer des restrictions sévères et injustes à l’étendue des activités reliées à la chasse, à la pêche et au piégeage que pourraient continuer à exercer les Indiens visés par le Traité n° 8, compte tenu de la preuve testimoniale et documentaire relative à la négociation du Traité n° 8 et du caractère crucial de la garantie relative à la chasse, à la pêche et au piégeage. En affirmant cela, je suis tout à fait consciente que notre Cour a déjà affirmé qu’elle n’est pas en mesure de mettre en question une décision claire du gouvernement fédéral de modifier ses obligations prévues par traité: voir les arrêts *Sikyea v. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267, et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 293. Nous devons cependant être convaincus que le gouvernement fédéral a pris la «décision claire» de renier ses obligations prévues par le Traité n° 8 lorsqu’il a signé la Convention de transfert de 1930.

L’intimée en l’espèce n’a mentionné aucune preuve historique à l’appui de sa prétention que l’art. 12 de la Convention de transfert avait pour but de restreindre le droit traditionnel des Indiens de chasser et de pêcher (lequel comprenait un droit d’échange) et d’en faire seulement un droit de chasse et de pêche à des fins de consommation personnelle. En l’absence de cette preuve et compte tenu des insinuations de mauvaise foi qui en découleraient pour le gouvernement fédéral, je ne suis pas prête à accepter que c’était là l’intention du législateur. En effet, il me semble que dans l’arrêt *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, qui portait sur une disposition analogue de la Convention de transfert avec le Manitoba, le juge Dickson a voulu établir clairement que l’interprétation restrictive préconisée par l’intimée est tout à fait injustifiée. Il affirme, à la p. 461:

Il est vrai que la clause 13 de la Convention prévoit que les lois provinciales relatives au gibier s’appliquent aux Indiens dans les limites de la province, mais sous réserve d’une restriction importante qui leur assure,

alia, the “right” to hunt game at all seasons of the year for food on lands to which the Indians may have a right of access. This proviso should be given a broad and liberal construction. History supports such an interpretation as do the plain words of the proviso. The right assured is, in my view, the right to hunt game (any and all game), for food, at all seasons of the year (not just “open seasons”) on lands to which they have a right of access (for hunting, trapping and fishing). [Emphasis added.]

Nevertheless, the respondent argues that the use of the words “for food” in para. 12 of the Transfer Agreement have this effect. They demonstrate, he submits, an intention on the part of the legislature to place substantial limits on the range of hunting related activities that Treaty 8 Indians can pursue free from provincial regulation. The respondent submits that Treaty 8 Indians can only derive protection from para. 12 if the purpose for which they are hunting is to feed themselves or their families and that because Mr. Horseman did not kill the bear with this purpose in mind his act falls outside the ambit of para. 12.

While the respondent suggests that this Court’s jurisprudence on para. 12 and analogous provisions in other Transfer Agreements supports its restrictive reading of the proviso, I am of the view that this Court’s previous decisions with respect to the language of para. 12 (and its equivalent in other Transfer Agreements) do not require the Court to construe the term “for food” in such a narrow and restricted manner. Given that Treaty No. 8 embodied a solemn engagement on the part of the government of Canada to respect a way of life that was built around hunting, fishing and trapping, given that our courts have on a number of occasions emphasized that we should seek to give meaning to the language used in para. 12 by looking to Treaty No. 8, and given that this Court’s decision in *Sutherland* urged that para. 12 be given a “broad and liberal” construction, it seems to me that we should be very reluctant to accept any reading of the term “for food” that would constitute a profound inroad into the ability of Treaty 8 Indians to engage in the traditional

notamment, le «droit» de chasser le gibier pour se nourrir en toute saison de l’année sur les terres auxquelles ils peuvent avoir un droit d’accès. Il faut donner une interprétation large et libérale à cette restriction. L’histoire appuie une telle interprétation tout comme le fait le texte même de la restriction. Le droit assuré est, à mon avis, le droit de chasser le gibier (toute sorte de gibier) pour se nourrir, en toute saison de l’année (non seulement pendant «les saisons de chasse») sur les terres auxquelles ils ont un droit d’accès (pour chasser, piéger et pêcher). [Je souligne.]

Quoi qu’il en soit, l’intimée soutient que l’emploi des mots «pour se nourrir» à l’art. 12 de la Convention de transfert a cet effet. Elle soutient que ces mots établissent l’intention du législateur d’imposer des limites importantes à l’étendue des activités reliées à la chasse auxquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 peuvent se livrer sans égard à la réglementation provinciale. L’intimée soutient que les Indiens visés par le Traité n° 8 ne peuvent invoquer la protection de l’art. 12 que s’ils chassent afin de pourvoir à leur propre alimentation ou à celle de leur famille et que, parce que M. Horseman n’a pas tué l’ours dans ce but, son acte ne relève pas de la portée de l’art. 12.

Bien que l’intimée laisse entendre que la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 12 et des dispositions semblables contenues dans d’autres conventions de transfert étayent son interprétation restrictive de la disposition, je suis d’avis que les arrêts antérieurs de notre Cour relatifs à la formulation de l’art. 12 (et son équivalent dans d’autres conventions de transfert) n’obligent pas la Cour à interpréter l’expression «pour se nourrir» d’une façon aussi étroite et restreinte. Parce que le Traité n° 8 contient un engagement solennel de la part du gouvernement canadien de respecter un mode de vie fondé sur la chasse, la pêche et le piégeage, parce que nos tribunaux ont à maintes reprises souligné que nous devrions tenter d’interpréter le langage utilisé à l’art. 12 en se référant au Traité n° 8 et parce que l’arrêt *Sutherland* de notre Cour a souligné l’importance de donner à l’art. 12 une interprétation «large et libérale», il me semble que nous devrions hésiter énormément à accepter une interprétation de l’expression «pour se nourrir» qui causerait une entorse profonde à la

way of life which they believed had been secured to them by the treaty.

I note that in *Frank v. The Queen, supra*, a case that involved a treaty Indian who had killed a moose, Dickson J. suggested (*supra*, at pp. 100-101) that, whereas under Treaty 6 hunting rights had been at large, under para. 12 they were now limited to hunting "for food" and that, as a result of para. 12, rights to hunt and fish otherwise than "for food" were subject to provincial game laws. But Dickson J. was quick to stress that in the case before him "these differences are unimportant because the appellant was hunting for food and upon land touched by both Treaty and Agreement" (p. 100). In other words, while the presence of the term "for food" clearly meant that after 1930 the province of Alberta had the power to regulate hunting that was not "for food", Dickson J. saw no need in that case to explore in detail the nature of the distinction between hunting "for food" and hunting for other purposes.

In *Moosehunter v. The Queen, supra*, a case that involved a treaty Indian who had killed deer in Manitoba, Dickson J. did have occasion to consider the nature of the dividing line created by the term "for food" in somewhat more detail. He observed at p. 285:

The reason or purpose underlying paragraph 12 was to secure to the Indians a supply of game and fish for their support and subsistence and clearly to permit hunting, trapping and fishing for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and lands to which the Indians had access. The Agreement had the effect of merging and consolidating the treaty rights of the Indians in the area and restricting the power of the provinces to regulate the Indians' right to hunt for food. The right of Indians to hunt for sport or commercially could be regulated by provincial game laws but the right to hunt for food could not. [Emphasis added.]

capacité des Indiens visés par le Traité n° 8 d'exercer leur mode de vie traditionnel qui, selon eux, a été garanti par le traité.

^a Je souligne que dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, précité, une affaire où un Indien visé par un traité avait tué un orignal, le juge Dickson a laissé entendre (précité, aux pp. 100 et 101) que, tandis que les droits de chasse visés par le Traité n° 6 n'avaient pas été définis, ils étaient maintenant, en vertu de l'art. 12, limités à la chasse de «subsistance» et que, par suite de l'art. 12, les droits de chasse et de pêche exercés dans un autre but que la «subsistance» étaient assujettis aux lois provinciales sur la protection de la faune. Mais le juge Dickson s'est empressé de préciser qu'en l'espèce «ces différences ne sont pas importantes parce que l'appellant chassait pour se nourrir sur un territoire couvert à la fois par le traité et la Convention» (p. 100). En d'autres termes, bien que la présence de l'expression «pour se nourrir» signifie clairement qu'après 1930 la province de l'Alberta avait le pouvoir de réglementer la chasse autre que de «subsistance», le juge Dickson a jugé qu'il n'était pas nécessaire en l'espèce d'examiner en détail la nature de la distinction entre la chasse «pour se nourrir» et la chasse à d'autres fins.

^f Dans l'arrêt *Moosehunter c. La Reine*, précité, une affaire où un Indien visé par un traité avait tué un chevreuil au Manitoba, le juge Dickson a eu la chance d'examiner un peu plus en détail la nature de la ligne de démarcation créée par l'expression «pour se nourrir». Il souligne, à la p. 285:

La clause 12 avait pour motif ou but d'assurer aux Indiens un approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leur support et subsistance et, évidemment, de leur permettre de chasser, de piéger et de pêcher pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur les terres auxquelles les Indiens ont accès. La Convention a eu comme effet de fusionner et de consolider les droits accordés par traité aux Indiens à cet égard ainsi que de limiter le pouvoir des provinces de réglementer le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Les lois provinciales sur la protection de la faune peuvent réglementer le droit de ces derniers de se livrer à la chasse sportive ou commerciale, mais non celui de chasser pour se nourrir. [Je souligne.]

In my view, the distinction that Dickson J. drew in *Moosehunter* between hunting for “support and subsistence”, and hunting for “sport or commercially” is far more consistent with the spirit of Treaty No. 8 and with the proposition that one should not assume that the legislature intended to abrogate or derogate from Treaty 8 hunting rights than the respondent’s submission that in using the term “for food” the legislature intended to restrict Treaty 8 hunting rights to hunting for direct consumption of the product of the hunt. And if we are to give para. 12 the “broad and liberal” construction called for in *Sutherland*, a construction that reflects the principle enunciated in *Nowegijick* and *Simon* that statutes relating to Indians must be given a “fair, large and liberal construction”, then we should be prepared to accept that the range of activity encompassed by the term “for food” extends to hunting for “support and subsistence”, i.e. hunting not only for direct consumption but also hunting in order to exchange the product of the hunt for other items as was their wont, as opposed to purely commercial or sport hunting.

And, indeed, when one thinks of it this makes excellent sense. The whole emphasis of Treaty No. 8 was on the preservation of the Indian’s traditional way of life. But this surely did not mean that the Indians were to be forever consigned to a diet of meat and fish and were to have no opportunity to share in the advances of modern civilization over the next one hundred years. Of course, the Indians’ hunting and fishing rights were to be preserved and protected; the Indians could not have survived otherwise. But this cannot mean that in 1990 they are to be precluded from selling their meat and fish to buy other items necessary for their sustenance and the sustenance of their children. Provided the purpose of their hunting is either to consume the meat or to exchange or sell it in order to support themselves and their families, I fail to see why this is precluded by any common sense interpretation of the words “for food”. It will, of course, be a question of fact in each case whether a sale is made for purposes of sustenance or for purely commercial profit.

À mon avis, la distinction que le juge Dickson a établie dans l’arrêt *Moosehunter* entre la chasse à des fins de «support et [de] subsistance» et la chasse «sportive ou commerciale» est beaucoup plus conforme à l’esprit du Traité n° 8 et à la proposition qu’il ne faut pas présumer que le législateur a voulu abroger les droits de chasse du Traité n° 8 ou y déroger qu’à la prétention de l’intimée qu’en employant l’expression «pour se nourrir» le législateur a voulu restreindre les droits de chasse du Traité n° 8 à la consommation directe du produit de la chasse. Et si nous voulons donner à l’art. 12 l’interprétation «large et libérale» qu’exige l’arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l’étendue des activités visées par l’expression «pour se nourrir» s’étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c’est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d’échanger le produit de la chasse pour d’autres articles comme c’était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.

Et d’ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le Traité n° 8 était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devaient à tout jamais s’astreindre à un régime de viande et de poisson et qu’ils ne pourraient pas bénéficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n’auraient pu survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu’en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d’autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu’ils chassent en vue de consommer la viande, de l’échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l’expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas.

If we are to be sensitive to Professor Ray's observation that the distinction between hunting for commerce and domestic hunting is not one that can readily be imposed on the Indian hunting practices protected by Treaty No. 8, and if we are to approach para. 12 as a proviso that was intended to respect the guarantees enshrined in Treaty No. 8 (which I think we must do if at all possible), then para. 12 must be construed as a provision conferring on the province of Alberta the power to regulate sport hunting and hunting for purely commercial purposes rather than as a provision that was to enable the province to place serious and invidious restrictions on the Indians' right to hunt for "support and subsistence" in the broader sense.

When the phrase "for food" is read in this way para. 12 of the Transfer Agreement remains faithful to the Treaty 8 Commissioners' solemn engagement that the government of Canada would only enact "such laws as to hunting as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals" and that Treaty 8 Indians "would be free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it". While Treaty 8 Indians and the government of Canada may not have foreseen in 1899 that limits would one day have to be placed on the extent to which people could engage in commercial and sport hunting, such restrictions are obviously necessary to-day in order to preserve particular species. Provided such restrictions on commercial and sport hunting are imposed in order to preserve species that might otherwise be endangered, the government would appear to be acting in the interests of the Indians in maintaining the well-being of the environment that is the pre-condition to their ability to pursue their traditional way of life. Such restrictions are entirely consistent with the spirit and language of Treaty No. 8. What is not consistent with the spirit and language of Treaty No. 8 is to restrict the ability of the Indians to hunt for "support and subsist-

Si nous voulons prêter attention à la remarque du professeur Ray que la distinction entre la chasse commerciale et la chasse pour subvenir à des besoins domestiques ne peut être facilement imposée aux pratiques de chasse des Indiens protégées par le Traité n° 8, et si nous voulons aborder l'art. 12 comme une disposition qui visait à respecter les garanties enchâssées dans le Traité n° 8 (ce que, à mon avis, nous devons faire dans la mesure du possible), il faut alors interpréter l'art. 12 comme une disposition qui confère à la province de l'Alberta le pouvoir de réglementer la chasse sportive et la chasse à des fins purement commerciales plutôt que comme une disposition permettant à la province d'imposer des restrictions sévères et injustes au droit des Indiens de chasser à des fins de «support et [de] subsistance» au sens large.

Lorsque l'expression «pour se nourrir» est interprétée de cette façon, l'art. 12 de la Convention de transfert demeure conforme à l'engagement solennel des commissaires chargés de négocier le Traité n° 8 que le gouvernement du Canada n'adopterait à l'égard de «la chasse et [de] la pêche que des lois qui seraient dans l'intérêt des sauvages et qu'on trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure» et que les Indiens visés par le Traité n° 8 «seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu'ils le seraient s'ils n'avaient jamais fait de traité». Bien qu'il se puisse que les Indiens visés par le Traité n° 8 et le gouvernement du Canada n'aient pas prévu en 1899 que des restrictions devraient un jour être imposées à la mesure dans laquelle les gens pourraient se livrer à la chasse commerciale et sportive, ces restrictions sont évidemment nécessaires aujourd'hui pour protéger des espèces particulières. Pourvu que ces restrictions à la chasse commerciale et sportive soient imposées afin de préserver des espèces qui seraient autrement menacées d'extinction, le gouvernement semblerait agir dans l'intérêt des Indiens en protégeant l'état de l'environnement qui est une condition préalable à leur capacité d'exercer leur mode de vie traditionnel. Ces restrictions sont tout à fait conformes à l'esprit et au texte du Traité n° 8. Ce qui n'est pas conforme à l'esprit et au texte du Traité n° 8, c'est de restreindre le droit des Indiens de chasser à des fins de «support et [de] subsistance» à moins que

ence” unless this restriction also is required for the preservation of species threatened with extinction.

In summary, it seems to me that the term hunting “for food” was designed to draw a distinction between traditional hunting practices that the Indians were to be free to pursue and sport hunting or hunting for purely commercial purposes. And if we are to avoid paying mere lip-service to the interpretive principles set out in *Nowegijick* and *Simon*, principles that require us to resolve ambiguities with respect to the language of statutes like the Transfer Agreement in favour of the Indians, then any uncertainties regarding the nature of the boundary between purely commercial or sport hunting and the Indians’ traditional hunting practices must be resolved by favouring an interpretation of para. 12 of the Transfer Agreement that gives the province of Alberta the power to regulate commercial and sport hunting but that leaves traditional Indian hunting practices untouched.

My colleague, Cory J., takes a different view. He concludes that para. 12 of the Transfer Agreement was designed to “cut down the scope of Indian hunting rights” and that there was a “*quid pro quo*” granted to the Indians by the Crown for the reduction in hunting rights. Describing this “*quid pro quo*”, Cory J. suggests that the “area of hunting and the way in which the hunting could be conducted was extended and removed from the jurisdiction of provincial governments”. But in my view the historical evidence suggests both that the Indians had been guaranteed the right to hunt for their support and subsistence in the manner that they wished some four decades before the Transfer Agreement was ratified and that it is doubtful whether the provinces were ever in a legitimate constitutional position to regulate that form of hunting prior to the Transfer Agreement. As a result, I have difficulty in accepting my colleague’s conclusion that the Transfer Agreement involved some sort of expansion of these hunting rights. Moreover, it seems to me somewhat disingenuous to attempt to justify any unilateral “cutting down of hunting rights” by the use of terminology con-

cette restriction ne soit aussi exigée pour préserver les espèces menacées d’extinction.

En résumé, il me semble que l’expression chasser «pour se nourrir» visait à établir une distinction entre les pratiques de chasse traditionnelles que les Indiens étaient libres de poursuivre et la chasse sportive ou la chasse à des fins purement commerciales. Et si nous ne voulons pas simplement rendre hommage pour la forme aux principes d’interprétation formulés dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon*, des principes qui nous obligent à résoudre en faveur des Indiens les ambiguïtés qui se trouvent dans des textes de loi comme la Convention de transfert, toute incertitude quant à la nature de la démarcation entre la chasse à des fins purement commerciales ou sportives et les pratiques de chasse traditionnelles des Indiens doit alors être résolue en favorisant une interprétation de l’art. 12 de la Convention de transfert qui confère à la province de l’Alberta le pouvoir de réglementer la chasse commerciale et sportive, sans toutefois porter atteinte aux pratiques de chasse traditionnelles des Indiens.

Mon collègue le juge Cory adopte un point de vue différent. Il conclut que l’art. 12 de la Convention de transfert visait à «réduire la portée des droits de chasse des Indiens» et que Sa Majesté a donné quelque chose en «contrepartie» de la réduction des droits de chasse. En décrivant cette «contrepartie», le juge Cory affirme qu’«[i]l y a eu extension des territoires et des méthodes de chasse qui ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux». Mais à mon avis, la preuve historique laisse entendre à la fois qu’on avait garanti aux Indiens le droit de chasser à des fins de support et de subsistance de la manière qu’ils le voulaient quelque quatre décennies avant la ratification de la Convention de transfert et qu’il n’est pas certain que les provinces aient jamais été constitutionnellement en mesure de réglementer cette forme de chasse avant la Convention de transfert. Par conséquent, j’ai de la difficulté à accepter la conclusion de mon collègue que la Convention de transfert comporte une forme d’extension de ces droits de chasse. En outre, il me semble quelque peu déloyal de tenter de justifier toute réduction unilatérale des droits de chasse au

noting a reciprocal process in which contracting parties engage in a mutual exchange of promises. Be that as it may, I see no evidence at all that the federal government intended to renege in any way from the solemn engagement embodied in Treaty No. 8.

The Case at Bar

The learned trial judge found as a fact that the appellant killed the bear in self-defence and not with a view to selling, exchanging or bartering its hide. It is difficult therefore to describe Mr. Horseman's act as hunting for commerce or sport. Indeed, it is difficult to describe Mr. Horseman's act as "hunting" at all. It would be passing strange if the government of Canada in enacting the Transfer Agreement of 1930 intended to put Treaty 8 Indians in the absurd position of being penalized for defending themselves against attack by wild animals. Nor, with respect, can I accept my colleague's suggestion that Parliament believed that if Treaty 8 Indians were exempted from provincial regulations if they killed an animal in self-defence, they would try to circumvent such regulations by making duplicitous claims to this effect.

Section 42 of the *Wildlife Act* states that "no person shall traffic in any wildlife except as is expressly permitted by this Act or by the regulations". I have already suggested that while the federal government may have the power to regulate trafficking in wildlife provided that such regulation is in the interest of the Indians, the provincial government has no power to regulate Indian practices that fall within the Indians' traditional way of life and that are linked to their support and subsistence. In so far as Treaty 8 Indians are concerned, the government of Alberta is limited to regulation of purely commercial and sport hunting.

The trial judge stated:

Keeping in mind the necessity of making factual findings in every case that comes before the court, I find

moyen d'une terminologie qui implique un processus de réciprocité dans lequel les parties contractantes s'échangent des promesses. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune preuve que le gouvernement fédéral a voulu renier de quelque façon que ce soit l'engagement solennel consacré dans le Traité n° 8.

La présente affaire

Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que l'appelant avait tué l'ours en légitime défense et non en vue de vendre, d'échanger ou de troquer sa peau. Il est donc difficile de décrire l'acte de M. Horseman comme de la chasse commerciale ou sportive. En réalité, il est difficile de décrire l'acte de M. Horseman comme constituant le moindrement de la «chasse». Il serait très étrange que le gouvernement du Canada, en adoptant la Convention de transfert de 1930, ait voulu placer les Indiens visés par le Traité n° 8 dans la situation absurde où ils seraient pénalisés pour s'être défendus contre des attaques d'animaux sauvages. En toute déférence, je ne puis accepter non plus la proposition de mon collègue que le Parlement a cru que si les Indiens visés par le Traité n° 8 étaient exemptés de l'application des règlements provinciaux s'ils tuaient un animal en légitime défense, ils essaieraient de contourner ces règlements en prétendant faussement s'être trouvés dans cette situation.

L'article 42 de la *Wildlife Act* stipule que [TRANSDUCTION] «[l]e trafic d'un animal de la faune est interdit, sauf dans la mesure où la présente loi ou son règlement d'application l'autorisent expressément». J'ai déjà dit que bien que le gouvernement fédéral puisse avoir le pouvoir de réglementer le trafic des animaux de la faune pourvu que cette réglementation soit dans l'intérêt des Indiens, le gouvernement provincial n'a pas le pouvoir de réglementer les pratiques indiennes qui relèvent du mode de vie traditionnel des Indiens et qui sont liées à leur support et à leur subsistance. Quant aux Indiens visés par le Traité n° 8, le gouvernement de l'Alberta ne peut réglementer que la chasse purement commerciale et sportive.

Le juge de première instance a affirmé:

[TRANSDUCTION] Ayant à l'esprit l'obligation de tirer des conclusions de fait dans chaque cas présenté à la cour, je

that Mr. Horseman sold the grizzly bear hide in a manner, and for a purpose consistent with the tradition of his ancestors, that is "for the purposes of subsistence and exchange". I find that Mr. Horseman did not engage in a commercial transaction, that is one having profit as a primary aim.

She concluded therefore that Mr. Horseman's act fell outside the range of activities which the province of Alberta could regulate by means of the *Wildlife Act*. This result accords with common sense. While the province may be able to limit the Indians' right to traffic in hides where such trafficking forms part of a commercial venture or is the result of sport hunting, it does not, in my view, have the power to regulate an isolated sale that is the result of an act of self-defence. All the more so when the hide was sold by Mr. Horseman, as the trial judge found on the facts, not for commercial profit but to buy food for his family.

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the acquittal. I would answer the constitutional question as follows:

Question:

Between February 1, 1984 and May 30, 1984, was s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, constitutionally applicable to Treaty 8 Indians in virtue of the hunting rights granted to them under the said Treaty? In particular, were the hunting rights granted by Treaty No. 8 of 1899 extinguished, reduced or modified by para. 12 of the Alberta Natural Resources Transfer Agreement, as confirmed by the *Constitution Act, 1930*?

Answer:

Section 42 of the *Wildlife Act* was applicable to Treaty 8 Indians only to the extent that they were engaged in commercial or sport hunting. The Treaty 8 hunting rights were neither extinguished nor reduced by para. 12 of the Alberta Natural Resources Transfer Agreement. The territorial limits within which they could be exercised were, however, modified by para. 12.

conclus que M. Horseman a vendu la peau du grizzly d'une manière et dans un but conformes aux traditions de ses ancêtres, c'est-à-dire «dans un but de subsistance et d'échange». Je conclus que M. Horseman ne s'est pas livré à une opération commerciale, c'est-à-dire à une opération dont le but principal est le profit.

Elle a donc conclu que l'acte de M. Horseman ne s'inscrivait pas dans l'éventail des activités que la province de l'Alberta pouvait réglementer au moyen de la *Wildlife Act*. Ce résultat est conforme au bon sens. Bien que la province puisse limiter le droit des Indiens de faire le trafic des peaux lorsque ce trafic est fait dans le cadre d'une entreprise commerciale ou résulte de la chasse sportive, elle n'a pas, à mon avis, le pouvoir de réglementer un acte de vente isolé qui résulte d'un acte de légitime défense. Cela est d'autant plus vrai étant donné que M. Horseman a vendu la peau, comme l'a conclu le juge de première instance sur le plan des faits, non pas à des fins commerciales mais en vue d'acheter de la nourriture pour sa famille.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquittal. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

Question:

Entre le 1^{er} février 1984 et le 30 mai 1984, l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, était-il constitutionnellement applicable aux Indiens régis par le Traité n° 8 en vertu des droits de chasse que ce traité leur confère? En particulier, les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 ont-ils été supprimés, réduits ou modifiés par l'art. 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de l'Alberta confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*?

Réponse:

L'article 42 de la *Wildlife Act* était applicable aux Indiens visés par le Traité n° 8 seulement dans la mesure où ils s'étaient livrés à la chasse commerciale ou sportive. L'article 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de l'Alberta n'a pas supprimé ni réduit les droits de chasse conférés par le Traité n° 8. Toutefois, les limites territoriales dans lesquelles ils pouvaient être exercés ont été modifiées par l'art. 12.

The judgment of Lamer, La Forest, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is whether the provisions of s. 42 and s. 1(s) of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, apply to the appellant, whose forebears were members of one of the Indian Bands party to Treaty No. 8 signed in 1899 which guaranteed substantive hunting rights to certain Indian people.

Factual Background

The facts are not in dispute and were agreed upon at trial. Mr. Bert Horseman is an Indian within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. He is a descendant of the Indian people who were parties to Treaty No. 8. He is a member of the Horse Lakes Indian Band No. 196 and resides on that Reserve which is some 40 miles northwest of Grande Prairie, Alberta.

In the spring of 1983 the appellant went moose hunting in the territory north of his Reserve in order to feed himself and his family. This he was entitled to do pursuant to the provisions of Treaty No. 8. He was successful in his hunt. He shot a moose, cut it and skinned it. The moose was too large for the appellant to bring back to the Reserve. He therefore hurried home to obtain the assistance of other Band members to haul it out of the bush. When they arrived at the carcass the appellant and his friends were unpleasantly surprised to find that a grizzly bear had appropriated the moose. The arrival of the appellant was even more unpleasant and upsetting for the bear, which by this time clearly believed it had acquired a valid possessory title to the moose. Faced with the conflicting claim, the bear charged the appellant. Bert Horseman displayed cool courage and skill under attack. He shot and killed the bear, skinned it and took the hide.

A scant few years ago the appellant no doubt would have been congratulated for his display of skill and courage and indeed his survival in dangerous and desperate circumstances. However, life in our time is not so simple and trouble of a different sort than charging grizzlies was looming

Version française du jugement des juges Lamer, La Forest, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les dispositions de l'art. 42 et de l'al. 1s) de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, s'appliquent à l'appelant, dont les ancêtres étaient membres de l'une des bandes indiennes signataires du Traité n° 8 de 1899, lequel garantissait des droits de chasse à certains peuples indiens.

Les faits

Au procès, les parties se sont entendues sur les faits et ceux-ci ne font l'objet d'aucune contestation. Monsieur Bert Horseman est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6. Descendant d'Indiens signataires du Traité n° 8, il est membre de la bande indienne n° 196 de Horse Lakes et habite cette réserve située à environ 40 milles au nord-ouest de Grande Prairie (Alberta).

Au printemps de 1983, l'appelant est allé chasser l'orignal sur le territoire au nord de sa réserve afin de pourvoir à sa propre alimentation et à celle de sa famille, ce qu'il était en droit de faire aux termes du Traité n° 8. La chasse a été fructueuse. Il a abattu un orignal, l'a ouvert et l'a dépouillé. Comme l'orignal était trop gros pour qu'il puisse l'apporter à la réserve, l'appelant est retourné à la hâte chez lui chercher l'aide d'autres membres de la bande pour le sortir du bois. Quand ils sont arrivés à l'endroit où se trouvait la carcasse, l'appelant et ses amis ont eu la désagréable surprise de constater qu'un grizzli s'était emparé de l'orignal. L'arrivée de l'appelant a été encore plus désagréable et contrariante pour l'ours qui, de toute évidence, croyait avoir tous les droits sur l'orignal. Devant cette contestation de sa possession, l'ours a foncé sur l'appelant. Faisant preuve de sang-froid, de courage et d'habileté face à cette attaque, Bert Horseman a abattu l'ours, l'a dépouillé et en a gardé la peau.

Il y a quelques années à peine, son habileté, son courage et le fait même de s'être tiré d'une situation dangereuse et désespérée auraient sans doute valu à l'appelant des félicitations. La vie de nos jours n'est toutefois pas aussi simple et des difficultés tout autres que des assauts de grizzli guet-

on the horizon for the appellant. Horseman did not have a licence under the *Wildlife Act* to hunt grizzly bears or sell their hides. This omission ordinarily could be readily excused for neither the presence of the bear nor its attack could have been foreseen.

One year later, in the spring of 1984, the appellant found himself in the unfortunate position of being out of work and in need of money to support his family. In these straitened circumstances he decided to sell the grizzly hide. On or about April 19th he applied for and was issued a grizzly bear licence under s. 18 of the *Wildlife Act*. This licence entitled him to hunt and kill one bear and sell the hide to a licensed dealer as provided by the regulations passed pursuant to that Act. The appellant made use of this licence to sell the hide of his adversary of the year before to a licensed dealer for a price of \$200. This isolated sale, which was clearly not part of any organized commercial transaction, took place between April 19th and May 22nd.

There can be no doubt of the financial needs of the appellant nor of his good faith. He certainly made efforts to stay within the spirit of the law. Nevertheless, an information was laid against him in July of 1984 charging him with trafficking in wildlife. The charge was set forth in these words:

[The appellant] between the 1st day of February A.D. 1984 and the 30th day of May A.D. 1984 at or near Beaverlodge within the Province of Alberta did UNLAWFULLY traffic in wildlife, to wit a Grizzly Bear Hide except as is expressly permitted by the Wildlife Act or by the regulations.

CONTRARY to the provisions of Section 42 of the Wildlife Act and amendments thereto.

The sole defence raised on behalf of Horseman was that the *Wildlife Act* did not apply to him and that he was within his Treaty 8 rights when he sold the bear hide. Nothing is to turn on the killing of the bear in self-defence. Nor is it argued that Horseman was induced into a mistake of the law by the words of an official of the Government. Rather, it is the appellant's position that he can, at any time, on Crown lands or on lands to which

taient l'appellant. En effet, Horseman n'était pas titulaire du permis requis par la *Wildlife Act* pour chasser le grizzli ou pour en vendre la peau. En temps normal, cette omission aurait facilement pu être excusée, car ni la présence de l'ours ni l'attaque n'auraient pu être prévues.

Un an plus tard, au printemps de 1984, l'appellant se trouvait malheureusement sans emploi et avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Se trouvant ainsi dans le besoin, il a décidé de vendre la peau du grizzli. Le 19 avril ou vers cette date, il a demandé et obtenu en vertu de l'art. 18 de la *Wildlife Act* un permis l'autorisant à chasser et à tuer un grizzli et à en vendre la peau à un détaillant titulaire d'un permis à cette fin, le tout en conformité avec le règlement pris en vertu de ladite loi. L'appellant s'est servi de son permis pour vendre à un détaillant autorisé, au prix de 200 \$, la peau de son adversaire de l'année précédente. Cette vente isolée qui, visiblement, ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération commerciale organisée, a eu lieu entre le 19 avril et le 22 mai.

Il n'y a pas à douter des besoins financiers de l'appellant ni de sa bonne foi. Il s'est certainement efforcé de respecter l'esprit de la loi. On a néanmoins déposé contre lui en juillet 1984 une dénonciation lui reprochant d'avoir fait le trafic d'un animal de la faune. L'accusation était ainsi rédigée:

[TRADUCTION] [L'appellant] entre le 1^{er} février 1984 et le 30 mai 1984, à Beaverlodge (Alberta) ou dans ses environs, a ILLÉGALEMENT fait le trafic d'un animal de la faune, en vendant la peau d'un grizzli d'une manière non expressément permise par la Wildlife Act ou son règlement d'application.

CONTRAIREMENT à l'article 42 de la Wildlife Act et ses modifications.

L'unique moyen de défense soulevé pour le compte de Horseman a été que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui et qu'il avait exercé des droits que lui conférait le Traité n° 8 quand il a vendu la peau de l'ours. Le fait d'avoir tué l'ours en légitime défense est sans conséquence en l'espèce. On ne fait pas valoir non plus que Horseman a commis une erreur de droit par suite des propos d'un fonctionnaire du gouvernement. L'appellant sou-

Indians have access, kill a grizzly bear for food. Further, it is said that he can sell the hide of any grizzly bear he kills in order to buy food.

The Courts Below

Provincial Court

The Provincial Court judge found that the hunting rights described in Treaty No. 8 were not limited to simply taking game for subsistence but included rights of trading and bartering in game: [1986] 1 C.N.L.R. 79. She concluded that although s. 42 of the *Wildlife Act* of Alberta was a law of general application the Treaty 8 rights included the right to barter. Thus the appellant had not exceeded his Treaty rights when he sold the bear hide.

The Court of Queen's Bench

The judge of the Court of Queen's Bench set aside the acquittal and convicted the appellant and imposed the minimum fine provided by the Act of \$100: (1986), 69 A.R. 13, [1986] 2 C.N.L.R. 94. The judge was of the view that Treaty 8 rights had been specifically restricted as a result of the Natural Resources Transfer Agreement of 1930 which in his view limited the rights of the Indians to trapping, fishing and hunting only for food. In his opinion if the product of the hunt was involved in a multi-stage process whereby it was sold to obtain funds, even though those funds might be used for the purchase of food, then the activity had proceeded beyond hunting "for food" and had entered the domain of commerce. Further, he expressed the view that s. 42 of the *Wildlife Act* was of general application and that Horseman was bound by it.

The Court of Appeal

The Court of Appeal upheld the decision of the Court of Queen's Bench: (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 146, 78 A.R. 351, [1987] 5 W.W.R. 454, [1987] 4 C.N.L.R. 99. It too was of the view that the effect of para. 12 of the Transfer Agreement was to restrict the Indian rights to hunting, trapping and fishing for food only. The Court of

tient plutôt qu'il peut en tout temps, sur les terres de la Couronne ou sur les terres auxquelles les Indiens ont accès, tuer un grizzli pour se nourrir. De plus, on affirme qu'il peut vendre la peau du grizzli qu'il tue pour acheter de la nourriture.

Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale

Le juge de la Cour provinciale a statué que les droits de chasse énoncés au Traité n° 8 ne se limitaient pas au simple fait de prendre du gibier à des fins de subsistance, mais comprenaient des droits d'échanger et de troquer le gibier: [1986] 1 C.N.L.R. 79. Elle a conclu que l'art. 42 de la *Wildlife Act* de l'Alberta était certes d'application générale, mais que les droits conférés par le Traité n° 8 comprenaient le droit de troc. L'appellant n'avait donc pas, en vendant la peau de l'ours, excédé les droits dont il jouissait en vertu du traité.

La Cour du Banc de la Reine

Le juge de la Cour du Banc de la Reine a annulé l'acquittal, a déclaré l'appellant coupable et lui a imposé l'amende minimale de 100 \$ prévue par la Loi: (1986), 69 A.R. 13, [1986] 2 C.N.L.R. 94. Le juge a estimé que les droits conférés par le Traité n° 8 avaient été expressément restreints par suite de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930, qui, selon lui, limitait les droits des Indiens à ceux de piéger, pêcher et chasser à seule fin de se nourrir. À son avis, si le produit de la chasse passait par plusieurs étapes aboutissant à sa vente pour obtenir de l'argent, même si cet argent pouvait être utilisé pour l'achat de nourriture, il s'agissait alors de chasser non plus «pour se nourrir» mais pour des fins commerciales. De plus, il a exprimé l'avis que l'art. 42 de la *Wildlife Act* était d'application générale et que Horseman y était assujéti.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine: (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 146, 78 A.R. 351, [1987] 5 W.W.R. 454, [1987] 4 C.N.L.R. 99. Elle a estimé elle aussi que l'art. 12 de la Convention de transfert avait pour effet de limiter les droits des Indiens à ceux de chasser, de piéger et de pêcher uniquement pour se

Appeal was also of the view that s. 42 of the *Wildlife Act* was of general application and that Horseman was bound by it.

Applicable Legislation

Treaty No. 8, 1899:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

Constitution Act, 1930:

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the Constitution Act, 1867, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Alberta):

12 In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

Wildlife Act, R.S.A. 1980, c. W-9:

42 No person shall traffic in any wildlife except as is expressly permitted by this Act or by the regulations.

1 ...

(s) "traffic" means any single act of selling, offering for sale, buying, bartering, soliciting or trading;

nourrir. La Cour d'appel a été en outre d'avis que l'art. 42 de la *Wildlife Act* était d'application générale et s'appliquait donc à Horseman.

a Les textes législatifs applicables

Traité n° 8, 1899:

Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

d Loi constitutionnelle de 1930:

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867, ou dans toute loi la modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois.

f Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930 (Alberta):

12 Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Wildlife Act, R.S.A. 1980, ch. W-9:

[TRADUCTION] 42 Le trafic d'un animal de la faune est interdit, sauf dans la mesure où la présente loi ou son règlement d'application l'autorisent expressément.

1 ...

j s) «trafic» désigne le fait de vendre, d'offrir de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger;

Treaty and Hunting Rights

An examination of the historical background leading to the negotiations for Treaty No. 8 and the other numbered treaties leads inevitably to the conclusion that the hunting rights reserved by the Treaty included hunting for commercial purposes. The Indians wished to protect the hunting rights which they possessed before the Treaty came into effect and the Federal Government wished to protect the native economy which was based upon those hunting rights. It can be seen that the Indians ceded title to the Treaty 8 lands on the condition that they could reserve exclusively to themselves "their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tracts surrendered".

The economy of the Indian population at the time of the Treaty had clearly evolved to such a degree that hunting and fishing for commercial purposes was an integral part of their way of life. In his *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (unpublished; June 13, 1985), Professor Ray notes at p. 4:

The Indians indicated to the Treaty 8 commissioners that they wanted assurances that the government would look after their needs in times of hardships before they would sign the treaty. The Commissioners responded by stressing that the government did not want Indians to abandon their traditional economic activities and become wards of the state. Indeed, one of the reasons that the Northwest Game Act of 1894 had been enacted was to preserve the resource base of the native economies outside of organized territories. The government feared that the collapse of these economies would throw a great burden onto the state such as had occurred when the bison economy of the prairies failed.

Professor Ray, in conclusion on this point, states at pp. 8-9:

[C]ommercial provision hunting was an important aspect of the commercial hunting economy of the region from the onset of the fur trade in the late 18th century. However, no data exists that makes it possible to deter-

Le traité et les droits de chasse

L'examen des événements qui ont abouti à la négociation du Traité n° 8 et des autres traités numérotés, nous amène inévitablement à conclure que le droit de chasser à des fins commerciales figurait parmi les droits de chasse garantis par ce traité. Les Indiens voulaient protéger les droits de chasse dont ils jouissaient avant l'entrée en vigueur du traité et le gouvernement fédéral, de son côté, voulait protéger l'économie des autochtones qui était fondée sur ces droits de chasse. On peut constater que, si les Indiens ont cédé le titre qu'ils avaient sur les terres visées par le Traité n° 8, c'était à condition de pouvoir se réserver à eux-mêmes exclusivement le droit de se livrer à «leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée».

De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens. Dans son ouvrage intitulé *Commentary on Economic History of Treaty 8 Area* (inédit, 13 juin 1985), le professeur Ray écrit, à la p. 4:

[TRADUCTION] Les Indiens ont signalé aux commissaires chargés de la négociation du Traité n° 8 qu'ils ne le signeraient que si le gouvernement s'engageait à pourvoir à leurs besoins dans les temps difficiles. Les commissaires ont répondu en soulignant que le gouvernement ne voulait pas que les Indiens abandonnent leurs activités économiques traditionnelles pour devenir des pupilles de l'État. En fait, l'une des raisons d'adopter l'Acte de 1894 relatif à la conservation du gibier du Nord-Ouest avait été de préserver les ressources à la base des économies des autochtones à l'extérieur des territoires organisés. Le gouvernement craignait que l'effondrement de ces économies ne jette sur l'État un lourd fardeau comme cela s'était produit à la suite de l'écroulement de l'économie des Prairies fondée sur le bison.

Pour conclure sur ce point, le professeur Ray affirme, aux pp. 8 et 9:

[TRADUCTION] [L]a chasse pour se procurer de la viande à des fins de commerce constituait un élément important de l'économie fondée sur la chasse commerciale existant dans la région dès le début de la traite des

mine what proportion of the native hunt was intended to obtain provisions for domestic use as opposed to exchange.

Furthermore, in terms of economic history, I am not sure any attempts to make such distinctions would be very meaningful in that Indians often killed animals, such as beaver, primarily to obtain pelts for trade. However, the Indians consumed beaver meat and in many areas it was an important component of the diet. Conversely, moose, caribou and wood buffalo were killed in order to obtain meat for consumption and for trade. Similarly, the hides of these animals were used by Indians and they were traded. For these reasons, differentiating domestic hunting from commercial hunting is unrealistic and does not enable one to fully appreciate the complex nature of the native economy following contact.

The report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 on behalf of the government of Canada lends further support to this conclusion where they wrote (at p. 6):

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the finding of the trial judge that the original Treaty right clearly included hunting for purposes of commerce. The next question that must be resolved is whether or not that right was in any way limited or affected by the Transfer Agreement of 1930.

fourrures à la fin du XVIII^e siècle. Il n'existe toutefois pas de données qui permettent de déterminer dans quelle mesure les autochtones chassaient pour subvenir à leurs besoins domestiques, par opposition à commercialement.

a De plus, du point de vue de l'histoire économique, je ne suis pas convaincu de l'utilité de tenter de faire de telles distinctions, car souvent les Indiens tuaient des animaux comme le castor principalement en vue de faire le commerce de leurs fourrures. Les Indiens consommaient toutefois la chair de castor et, dans bien des régions, elle représentait une partie importante de leur alimentation. Par contre, ils abattaient l'orignal, le caribou et le bison des bois afin de se procurer de la viande pour leur propre consommation et à des fins de commerce. De même, les peaux de ces animaux étaient utilisées par les Indiens et elles faisaient l'objet du commerce. C'est pourquoi il est irréaliste de faire une distinction entre la chasse pour subvenir aux besoins domestiques et la chasse commerciale; cela ne permet pas d'ailleurs de se rendre pleinement compte de la complexité de l'économie des autochtones après l'arrivée des Blancs.

Le rapport des commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pour le compte du gouvernement du Canada vient étayer davantage cette conclusion. Ils écrivent (à la p. 6):

Notre principale difficulté à surmonter était la crainte qu'on restreindrait leurs privilèges de chasse et de pêche.

f La disposition du traité en vertu de laquelle des munitions et de la ficelle devaient être fournies contribua beaucoup à apaiser [*sic*] les craintes des sauvages, car ils admirent qu'il ne serait pas raisonnable de leur fournir les moyens de chasser et de pêcher si l'on devait faire une loi qui restreindrait tellement la chasse et la pêche qu'il serait presque impossible de gagner sa vie en s'y livrant. Mais en sus de cette disposition nous avons dû leur affirmer solennellement qu'on ne ferait sur la chasse et la pêche que des lois qui seraient dans l'intérêt des sauvages et qu'on trouverait nécessaire pour protéger le poisson et les animaux à fourrure, et qu'ils seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu'ils le seraient s'ils n'avaient jamais fait de traité. [Je souligne.]

i Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930.

The Effect of the 1930 Transfer Agreement

At the outset two established principles must be borne in mind. First, the onus of proving either express or implicit extinguishment lies upon the Crown. See *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Secondly, any ambiguities in the wording of the Treaty or document must be resolved in favour of the Native people. This was expressed by Dickson J., as he then was, speaking for the Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, in these words:

... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

The appellant argues that the Transfer Agreement of 1930 was not signed by the Indians. Since they were not a party to it, they could not have agreed to any restriction of their hunting and fishing rights and that these rights could not have been lost as a result of the operation of what has been called the "merger and consolidation" theory.

The Crown on the other hand states that it is clear from the wording of para. 12 itself that the hunting rights were limited by the Agreement. The wording again is as follows:

12 In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping, and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access. [Emphasis added.]

The Crown argues that the rights granted to the Indians by the Treaty of 1899 were "merged and consolidated" in the 1930 Transfer Agreement. The Crown further submits that the limiting meaning of these words has been noted and upheld by this Court in *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Frank v. The Queen*,

L'effet de la Convention de transfert de 1930

Rappelons au départ deux principes consacrés. Premièrement, il incombe à Sa Majesté de prouver soit l'extinction expresse, soit l'extinction implicite. Voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Deuxièmement, toute ambiguïté dans le texte d'un traité ou d'un document doit profiter aux autochtones. C'est ce qu'a affirmé le juge Dickson, maintenant Juge en chef, en se prononçant au nom de la Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36:

... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

L'appelant fait valoir que la Convention de transfert de 1930 n'a pas été signée par les Indiens. Comme ils n'y étaient pas parties, ils n'ont pas pu acquiescer à la restriction de leurs droits de chasse et de pêche, de sorte que ces droits n'ont pas pu être perdus par le jeu de ce qu'on a appelé la théorie de «l'unification et de la codification».

Sa Majesté affirme par contre qu'il ressort nettement du texte de l'art. 12 lui-même que la Convention apporte des restrictions aux droits de chasse. Voici encore une fois le texte de cet article:

12 Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès. [Je souligne.]

D'après Sa Majesté, les droits accordés aux Indiens par le traité de 1899 ont été «unifiés et codifiés» dans la Convention de transfert de 1930. Elle soutient en outre que le sens restrictif de ces mots a été constaté et confirmé par notre Cour dans les arrêts *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, *Frank c. La Reine*,

[1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 460, and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282.

The merger and consolidation theory was first put forward by McNiven J.A. in *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.) He stated at pp. 267-68:

Pars. 10, 11 and 12 of the said agreement refer to Indians and with respect to the matters therein dealt with the rights heretofore enjoyed by the Indians whether by treaty or by statute were merged and consolidated. *Vide Rex v. Smith*, [1935] 2 WWR 433, 64 CCC 131, where Turgeon, J.A. says at p. 436:

"It follows therefore that whatever the situation may have been in earlier years the extent to which Indians are now exempted from the operation of the game laws of Saskatchewan is to be determined by an interpretation of par. 12, given force of law by this Imperial statute."

In *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, *supra*, Martland J., for the majority, expressed the opinion that the 1930 Transfer Agreement operated so as to extend provincial jurisdiction in the form of game laws to Indian Reserves. At page 707 he wrote:

The opening words of the section define its purpose. It is to secure to the Indians of the Province a continuing supply of game and fish for their support and subsistence. It is to achieve that purpose that Indians within the boundaries of the Province are to conform to Provincial game laws, subject, always, to their right to hunt and fish for food.

In later decisions Dickson J., as he then was, adopted this approach. It was his view that the Transfer Agreement operated so as to cut down the scope of Indian hunting rights. In *Frank v. The Queen*, *supra*, at p. 100, he commented:

It would appear that the overall purpose of the para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the

[1978] 1 R.C.S. 95, *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 460, et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282.

^a La théorie de l'unification et de la codification a été avancée pour la première fois par le juge McNiven dans l'arrêt *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.), où il dit, aux pp. 267 et 268:

^b [TRADUCTION] Les articles 10, 11 et 12 de ladite convention parlent d'Indiens et, en ce qui concerne les points y visés, les droits dont jouissaient les Indiens jusque-là, que ce fût aux termes d'un traité ou d'une loi, ont été unifiés et codifiés. Voir *Rex v. Smith*, [1935] 2 WWR 433, 64 CCC 131, où le juge Turgeon de la Cour d'appel dit, à la p. 436:

^c «Il s'ensuit donc que, quelle qu'ait pu être la situation dans le passé, la mesure dans laquelle les Indiens échappent maintenant à l'application des lois de la Saskatchewan régissant la chasse est à déterminer par l'interprétation de l'art. 12 auquel cette loi impériale donne force de loi.»

^d Dans l'affaire *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, précitée, le juge Martland, s'exprimant au nom de la majorité, s'est dit d'avis que la Convention de transfert de 1930 avait pour effet d'assujettir des réserves indiennes à la compétence provinciale exercée dans les lois sur la chasse et la pêche. Le juge Martland écrit, à la p. 707:

^e Les mots du début de l'article en précisent le but. Il vise à assurer aux Indiens de la province la continuation d'un approvisionnement en gibier et poisson pour leur soutien et leur subsistance. C'est afin d'atteindre ce but que les Indiens résidant à l'intérieur des limites de la province doivent respecter les lois provinciales en matière de chasse et pêche, sous réserve toujours de leur droit de chasser et de pêcher pour se nourrir.

^f C'est la position qu'a adoptée le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans des arrêts subséquents. À son avis, la Convention de transfert avait pour effet de réduire la portée des droits de chasse des Indiens. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, précité, à la p. 100, il fait observer:

^g Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux

treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food.

Similarly in *Moosehunter v. The Queen*, *supra*, at p. 285, he wrote:

The Agreement had the effect of merging and consolidating the treaty rights of the Indians in the area and restricting the power of the provinces to regulate the Indians' right to hunt for food. The right of Indians to hunt for sport or commercially could be regulated by provincial game laws but the right to hunt for food could not.

The appellant contends that these authorities should not be followed. The position is three-fold. Firstly, it is argued that when it is looked at in its historical context, the 1930 Transfer Agreement was meant to protect the rights of Indians and not to derogate from those rights. Secondly, and most importantly, it is contended that the traditional hunting rights granted to Indians by Treaty No. 8 could not be reduced or abridged in any way without some form of approval and consent given by the Indians, the parties most affected by the derogation, and without some form of compensation or *quid pro quo* for the reduction in the hunting rights. Thirdly, it is said that on policy grounds the Crown should not undertake to unilaterally change and derogate the Treaty rights granted earlier. To permit such a course of action could only lead to the dishonour of the Crown. It is argued that there rests upon the Crown an obligation to uphold the original Native interests protected by the Treaty. That is to say, the Crown should be looked upon as a trustee of the Native hunting rights.

These contentions cannot be accepted. The short answer to the appellant's position is that para. 12 of the 1930 Transfer Agreement was carefully considered and interpreted by Chief Justice Dickson in the three recent cases of *Frank v. The Queen*, *supra*; *R. v. Sutherland*, *supra*, and *Moosehunter v. The Queen*, *supra*. These cases dealt with the analogous problems arising from the Transfer Agreements with Manitoba and Saskatchewan which were worded in precisely the

Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance.

De même, dans l'arrêt *Moosehunter c. La Reine*, précité, à la p. 285, il écrit:

^a La Convention a eu comme effet de fusionner et de consolider les droits accordés par traité aux Indiens à cet égard ainsi que de limiter le pouvoir des provinces de réglementer le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Les lois provinciales sur la protection de la faune peuvent réglementer le droit de ces derniers de se livrer à la chasse sportive ou commerciale, mais non celui de chasser pour se nourrir.

^c L'appelant soutient que cette jurisprudence ne devrait pas être suivie. Son argument comporte trois volets. Il prétend en premier lieu que, située dans son contexte historique, la Convention de transfert de 1930 était destinée à protéger les droits des Indiens et non pas à y déroger. En deuxième lieu, et qui plus est, on fait valoir que les droits de chasse traditionnels dont jouissaient les Indiens en vertu du Traité n° 8 ne pouvaient être réduits ni limités d'aucune manière sans l'approbation et le consentement sous une forme ou une autre des Indiens, les personnes les plus directement touchées par la dérogação, et sans qu'il n'y ait compensation ou contrepartie quelconque pour la réduction des droits de chasse. On dit en troisième lieu que, pour des raisons de principe, Sa Majesté ne devrait pas entreprendre unilatéralement de modifier les droits déjà conférés par le traité ou d'y déroger. Elle ne ferait que se déshonorer s'il lui était permis d'agir de la sorte. Il incombe à Sa Majesté, prétend-on, de défendre les intérêts initiaux des autochtones que protège le traité. En d'autres termes, Sa Majesté devrait être considérée comme fiduciaire des droits de chasse des autochtones.

Ces arguments ne sauraient être retenus. On peut répondre simplement au point de vue de l'appelant que l'art. 12 de la Convention de transfert de 1930 a été soigneusement examiné et interprété par le juge en chef Dickson dans trois arrêts récents: *Frank c. La Reine*, *R. c. Sutherland* et *Moosehunter c. La Reine*, précités. Ces arrêts abordent les problèmes analogues résultant des conventions de transfert intervenues avec le Manitoba et la Saskatchewan, dont les textes sont iden-

same way as the Transfer Agreement with Alberta under consideration in this case. These reasons constitute the carefully considered recent opinion of this Court. They are just as persuasive today as they were when they were released. Nothing in the appellant's submission would lead me to vary in any way the reasons so well and clearly expressed in those cases.

It is also clear that the Transfer Agreements were meant to modify the division of powers originally set out in the *Constitution Act, 1867* (formerly the *British North America Act, 1867*). Section 1 of the *Constitution Act, 1930* is unambiguous in this regard: "The agreements . . . shall have the force of law notwithstanding anything in the *Constitution Act, 1867* . . ."

In addition, there was in fact a *quid pro quo* granted by the Crown for the reduction in the hunting right. Although the Agreement did take away the right to hunt commercially, the nature of the right to hunt for food was substantially enlarged. The geographical areas in which the Indian people could hunt was widely extended. Further, the means employed by them in hunting for their food was placed beyond the reach of provincial governments. For example, they may hunt deer with night lights and with dogs, methods which are or may be prohibited for others. Nor are the Indians subject to seasonal limitations as are all other hunters. That is to say, they can hunt ducks and geese in the spring as well as the fall, just as they may hunt deer at any time of the year. Indians are not limited with regard to the type of game they may kill. That is to say, while others may be restricted as to the species or sex of the game they may kill, the Indians may kill for food both does and bucks; cock pheasants, and hen pheasants; drakes and hen ducks. It can be seen that the *quid pro quo* was substantial. Both the area of hunting and the way in which the hunting could be conducted was extended and removed from the jurisdiction of provincial governments.

tiques à celui de la Convention de transfert conclue avec l'Alberta, qui est présentement en cause. Ces motifs constituent l'opinion récente mûrement réfléchie de notre Cour. Ils sont tout aussi convainquants aujourd'hui qu'ils l'étaient lorsqu'ils ont été rendus. Rien dans l'argumentation de l'appelant ne m'amènerait à changer quoi que ce soit aux motifs si bien et si clairement exprimés dans ces arrêts.

Il est en outre évident que les conventions de transfert visaient à modifier le partage des pouvoirs initialement prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (anciennement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*). L'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930* ne laisse planer aucun doute à cet égard: «Les conventions [. . .] auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* . . .»

De plus, Sa Majesté a effectivement donné quelque chose en contrepartie de la réduction du droit de chasse. Quoique la Convention ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis. En outre, les moyens employés par eux aux fins de la chasse pour se nourrir ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux. Il est, par exemple, permis aux Indiens de chasser le chevreuil en se servant d'un faisceau lumineux et de chiens, méthodes qui sont ou peuvent être défendues aux autres. Les Indiens ne sont pas non plus soumis aux restrictions saisonnières que se voient imposer tous les autres chasseurs. C'est-à-dire qu'ils peuvent chasser le canard et l'oie au printemps comme à l'automne, tout comme ils peuvent chasser le chevreuil à longueur d'année. Les Indiens ne sont assujettis à aucune restriction quant au type de gibier qu'ils peuvent tuer. Cela veut dire que si d'autres personnes peuvent avoir à respecter des restrictions en ce qui concerne l'espèce ou le sexe du gibier qu'elles peuvent tuer, les Indiens eux peuvent, pour se nourrir, tuer le mâle et la femelle du chevreuil, faisans et faisanes, canards et canes. On peut donc constater que la contrepartie a été considérable. Il y a eu extension des territoires et des méthodes de chasse qui ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux.

The true effect of para. 12 of the Agreement was recognized by Laskin J., as he then was, in *Cardinal, supra*, at p. 722, where he wrote:

[Section 12] is concerned rather with Indians as such, and with guaranteeing to them a continuing right to hunt, trap and fish for food regardless of provincial game laws which would otherwise confine Indians in parts of the Province that are under provincial administration. Although inelegantly expressed, s. 12 does not expand provincial legislative power but contracts it. Indians are to have the right to take game and fish for food from all unoccupied Crown lands (these would certainly not include Reserves) and from all other lands to which they may have a right of access. There is hence, by virtue of the sanction of the *British North America Act, 1930*, a limitation upon provincial authority regardless of whether or not Parliament legislates. [Emphasis added.]

This effect of para. 12 of the Agreement was also recognized by Dickson J., as he then was, in *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at p. 141:

I think it is clear from *Prince and Myron* that an Indian of the Province is free to hunt or trap game in such numbers, at such times of the year, by such means or methods and with such contrivances, as he may wish, provided he is doing so in order to obtain food for his own use and on unoccupied Crown lands or other lands to which he may have a right of access.

It is thus apparent that although the Transfer Agreement modified the Treaty rights as to hunting, there was a very real *quid pro quo* which extended the Native rights to hunt for food. In addition, although it might well be politically and morally unacceptable in today's climate to take such a step as that set out in the 1930 Agreement without consultation with and concurrence of the Native peoples affected, nonetheless the power of the Federal Government to unilaterally make such a modification is unquestioned and has not been challenged in this case.

Further, it must be remembered that Treaty No. 8 itself did not grant an unfettered right to hunt. That right was to be exercised "subject to such

L'effet véritable de l'art. 12 de la Convention a été reconnu par le juge Laskin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Cardinal*, précité, à la p. 722, où il écrit:

^a [L'article 12] s'intéresse plutôt aux Indiens en tant que tels, et a pour objet de leur garantir un droit continu de chasse, de piégeage et de pêche pour leur nourriture, indépendamment des lois provinciales sur la conservation de la faune qui restreindraient autrement les Indiens dans les parties de la province qui sont soumises à l'administration provinciale. Bien que l'article 12 ne soit pas très élégant dans son libellé, il n'élargit pas le pouvoir législatif de la province, mais le contracte. Les Indiens doivent avoir le droit de chasser et de pêcher pour se nourrir sur toutes les terres inoccupées de la Couronne (celles-ci ne comprennent certainement pas les réserves), ainsi que sur toutes les autres terres auxquelles ils peuvent avoir un droit d'accès. Il existe donc, de par l'autorité de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, une limitation du pouvoir provinciale, que le Parlement légifère ou non.

^e Cet effet de l'art. 12 de la Convention a aussi été reconnu par le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, à la p. 141:

^f L'arrêt *Prince et Myron* montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès.

^g Il appert donc que si la Convention de transfert est venue modifier les droits de chasse découlant du traité, il y a eu une contrepartie très réelle, savoir l'élargissement des droits des autochtones de chasser pour se nourrir. De plus, quoiqu'il puisse être politiquement et moralement inacceptable dans le climat actuel de prendre une mesure comme celle prévue dans la Convention de 1930, sans consulter les autochtones intéressés et sans obtenir leur acquiescement, la compétence du gouvernement fédéral pour effectuer unilatéralement une telle modification est néanmoins incontestée et n'a pas été mise en doute en l'espèce.

^j Rappelons-nous en outre que le Traité n° 8 lui-même n'accordait pas un droit de chasse illimité. L'exercice de ce droit devait être «subor-

regulations as may from time to time be made by the Government of the country". This provision is clearly in line with the original position of the Commissioners who were bargaining with the Indians. The Commissioners specifically observed that the right of the Indians to hunt, trap and fish as they always had done would continue with the proviso that these rights would have to be exercised subject to such laws as were necessary to protect the fish and fur bearing animals on which the Indians depended for their sustenance and livelihood.

Before the turn of the century the federal game laws of the Unorganized Territories provided for a total ban on hunting certain species (bison and musk oxen) in order to preserve both the species and the supply of game for Indians in the future. See *The Unorganized Territories' Game Preservation Act, 1894*, S.C. 1894, c. 31, ss. 2, 4 to 8 and 26. Even then the advances in firearms and the more efficient techniques of hunting and trapping, coupled with the habitat loss and the over-exploitation of game, (undoubtedly by Europeans more than by Indians), had made it essential to impose conservation measures to preserve species and to provide for hunting for future generations. Moreover, beginning in 1890, provision was made in the federal *Indian Act* for the Superintendent General to make the game laws of Manitoba and the Unorganized Territories applicable to Indians. See *An Act further to amend "The Indian Act" chapter forty-three of the Revised Statutes*, S.C. 1890, c. 29, s. 10. A similar provision was in force in 1930. See *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 69.

Obviously at the time the Treaty was made only the Federal Government had jurisdiction over the territory affected and it was the only contemplated "government of the country". The Transfer Agreement of 1930 changed the governmental authority which might regulate aspects of hunting in the interests of conservation. This change of governmental authority did not contradict the spirit of

donné [...] à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays». Cette disposition concorde manifestement avec la position adoptée au départ par les commissaires qui négociaient avec les Indiens. Les commissaires ont fait remarquer explicitement que les Indiens continueraient à jouir du droit de chasser, de piéger et de pêcher comme ils l'avaient toujours fait, mais que l'exercice de ces droits devrait être assujéti aux lois qui seraient nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure dont dépendaient les Indiens pour leur subsistance.

À la fin du XIX^e siècle, les lois fédérales relatives à la chasse dans les Territoires non organisés prévoyaient qu'il était absolument interdit de chasser certaines espèces animales (le bison et le bœuf musqué) afin d'assurer leur préservation et d'assurer aux Indiens un approvisionnement en gibier pour l'avenir. Voir l'*Acte de 1894 relatif à la conservation du gibier dans les Territoires non organisés*, S.C. 1894, ch. 31, art. 2, 4 à 8 et 26. Même à cette époque, l'amélioration des armes à feu et les méthodes plus efficaces de piégeage et de chasse ainsi que la disparition de l'habitat et la surexploitation du gibier (sans doute davantage par les Européens que par les Indiens) avaient rendu indispensable l'imposition de mesures de conservation destinées à préserver des espèces animales et à ménager des possibilités de chasse aux générations futures. Qui plus est, à compter de 1890, l'*Acte des Sauvages* fédéral habilitait le surintendant général à rendre applicables aux Indiens les lois du Manitoba et des Territoires non organisés relatives à la chasse. Voir l'*Acte ayant pour objet de modifier de nouveau l'Acte des Sauvages, chapitre quarante-trois des Statuts révisés*, S.C. 1890, ch. 29, art. 10. Une disposition analogue était en vigueur en 1930. Voir la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 69.

Évidemment, au moment de la signature du traité en cause, le territoire y visé relevait de la compétence exclusive du gouvernement fédéral et celui-ci était le seul «gouvernement du pays» envisagé. La Convention de transfert de 1930 a apporté un changement quant au gouvernement qui pourrait réglementer certains aspects de la chasse en vue d'assurer la conservation de la faune.

the original Agreement as evidenced by federal and provincial regulations in effect at the time. Even in 1899 conservation was a matter of concern for the governmental authority.

In summary, the hunting rights granted by the 1899 Treaty were not unlimited. Rather they were subject to governmental regulation. The 1930 Agreement widened the hunting territory and the means by which the Indians could hunt for food thus providing a real *quid pro quo* for the reduction in the right to hunt for purposes of commerce granted by the Treaty of 1899. The right of the Federal Government to act unilaterally in that manner is unquestioned. I therefore conclude that the 1930 Transfer Agreement did alter the nature of the hunting rights originally guaranteed by Treaty No. 8.

Section 42 of the *Wildlife Act*

At the outset it must be recognized that the *Wildlife Act* is a provincial law of general application affecting Indians not *qua* Indians but rather as inhabitants of the Province. It follows that the Act can be applicable to Indians pursuant to the provisions of s. 88 of the *Indian Act* so long as it does not conflict with a treaty right. It has been seen that the Treaty No. 8 hunting rights have been limited by the provisions of the 1930 Transfer Agreement to the right to hunt for food, that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family. In the case at bar the sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" whereby the product was sold to obtain funds for purposes which might include purchasing food for nourishment. The courts below correctly found that the sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as amended by the 1930 Transfer Agreement. Thus the application of s. 42 to Indians who are hunting for commercial purposes is not precluded by s. 88 of the *Indian Act*.

Ce changement n'allait pas à l'encontre de l'esprit de la convention initiale, comme en témoignent les règlements fédéraux et provinciaux en vigueur à l'époque. Même en 1899, les gouvernements ^a étaient préoccupés par la question de la conservation de la faune.

En résumé, le traité de 1899 ne conférait pas des droits de chasse illimités. Au contraire, ils étaient ^b assujettis à la réglementation gouvernementale. La Convention de 1930 a élargi les territoires de chasse des Indiens et les méthodes qu'ils pourraient employer en chassant pour se nourrir, ce qui représentait une contrepartie réelle pour la réduction du droit de chasser à des fins commerciales, accordé par le traité de 1899. Le droit du gouvernement fédéral d'agir unilatéralement de cette manière est incontesté. Je conclus en conséquence ^c que la Convention de transfert de 1930 a effectivement changé la nature des droits de chasse initialement garantis par le Traité n° 8.

L'article 42 de la *Wildlife Act*

Il faut reconnaître au départ que la *Wildlife Act* est une loi provinciale d'application générale qui touche les Indiens non pas en tant que tels, mais en tant qu'habitants de la province. Il s'ensuit que ^e cette loi peut s'appliquer aux Indiens conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, pourvu qu'elle ne soit incompatible avec aucun droit découlant d'un traité. Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour ^f but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la ^g chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité n° 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. Cela étant, l'art. ⁱ 88 de la *Loi sur les Indiens* n'empêche pas l'application de l'art. 42 aux Indiens qui chassent à des fins commerciales. ^j

The fact that a grizzly bear was killed by the appellant in self-defence must engender admiration and sympathy, but it is unfortunately not relevant to a consideration of whether there has been a breach of s. 42 of the *Wildlife Act*. Obviously if it were permissible to traffic in hides of grizzly bears that were killed in self-defence, then the numbers of bears slain in self-defence could be expected to increase dramatically. Unfortunate as it may be in this case, the prohibition against trafficking in bear hides without a licence cannot admit of any exceptions.

Neither, regrettably, can it be relevant to the breach of s. 42 that the appellant in fact obtained a grizzly bear hunting permit after he was in the possession of a bear hide. The granting of a permit does not bring a hunter any guarantee of success but only an opportunity to legitimately slay a bear. The evidence presented at trial indicated that the limitations placed upon obtaining a licence and the limited chance of success in a bear hunt resulted in the success rate of between 2 and 4 percent of the licence holder. This must be an important factor in the management of the bear population. Wildlife administrators must be able to rely on the success ratio and proceed on the assumption that those applying for a permit have not already shot a bear. The success ratio will determine the number of licenses issued in any year. The whole management scheme which is essential to the survival of the grizzly bear would be undermined if a licence were granted to an applicant who had already completed a successful hunt.

As well, s. 42 of the *Wildlife Act* is consistent with the very spirit of Treaty No. 8, which specified that the right to hunt would still be subject to government regulations. The evidence indicates that there remain only 575 grizzly bears on provincial lands. This population cannot sustain a mortality rate higher than 11 percent per annum if it is even to maintain its present numbers. The statistics indicate that the population will decline if death resulting from natural causes, legal hunting

Le fait que l'appelant a tué un grizzli en légitime défense doit susciter de l'admiration et de la sympathie à son endroit, mais cela n'est malheureusement pas pertinent aux fins d'examiner s'il y a eu infraction à l'art. 42 de la *Wildlife Act*. Évidemment, s'il était permis de faire le trafic des peaux de grizzlis tués en légitime défense, on pourrait s'attendre à une augmentation spectaculaire du nombre d'ours abattus en légitime défense. Si regrettable qu'elle puisse être dans le cas présent, l'interdiction de faire le trafic de peaux d'ours sans permis ne peut admettre aucune exception.

De plus, malheureusement, il ne peut être pertinent relativement à l'infraction à l'art. 42 que l'appelant se soit effectivement procuré un permis de chasse au grizzli alors qu'il avait déjà en sa possession une peau d'ours. La délivrance d'un permis ne garantit pas le succès du chasseur, mais lui donne simplement la possibilité de tuer un ours légitimement. D'après la preuve produite au procès, les restrictions imposées à l'obtention d'un permis et les chances limitées de succès dans la chasse à l'ours faisaient en sorte que les titulaires de permis pouvaient connaître un taux de réussite se situant entre 2 pour 100 et 4 pour 100. Voilà qui doit être un facteur important dans la gestion de la population d'ours. Les responsables de la gestion de la faune doivent pouvoir se fonder sur le taux de réussite et partir de l'hypothèse que quiconque demande un permis n'a pas déjà tué un ours. C'est le taux de réussite qui détermine le nombre de permis délivrés au cours d'une année donnée. Tout le système de gestion indispensable pour la survie du grizzli serait miné si des permis étaient accordés à des personnes ayant déjà fait bonne chasse.

En outre, l'art. 42 de la *Wildlife Act* s'accorde avec l'esprit même du Traité n° 8 qui précise que le droit de chasser demeure assujéti à la réglementation gouvernementale. Il ressort de la preuve qu'il ne reste que 575 grizzlis sur les terres de la province. Cette population ne peut soutenir un taux de mortalité supérieur à 11 pour 100 par année ne fût-ce que pour se maintenir à son niveau actuel. Selon les statistiques, la population diminuera si plus de 60 ours par année meurent natu-

and poaching (and indications are that levels of poaching match legal takings) reached a total of more than 60 bears in a year. The grizzly bear requires a large range and is particularly sensitive to encroachment on its habitat. This magnificent animal is in a truly precarious position. All Canadians and particularly Indians who have a rich and admirable history and tradition of respect for and harmony with all forms of life, will applaud and support regulations which encourage the bears' survival. Trafficking in bear hides, other than pursuant to the provisions of the *Wildlife Act*, threatens the very existence of the grizzly bear. The bear may snarl defiance and even occasionally launch a desperate attack upon man, but until such time as it masters the operation of firearms, it cannot triumph and must rely on man for protection and indeed for survival. That protection is provided by the *Wildlife Act*, but if it is to succeed it must be strictly enforced.

Section 42 of the *Wildlife Act* is valid legislation enacted by the government with jurisdiction in the field. It reflects a *bona fide* concern for the preservation of a species. It is a law of general application which does not infringe upon the Treaty 8 hunting rights of Indians as limited by the 1930 Transfer Agreement.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal. The constitutional question posed should be answered as follows:

Question:

Between February 1, 1984 and May 30, 1984, was s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, constitutionally applicable to Treaty 8 Indians in virtue of the hunting rights granted to them under the said Treaty? In particular, were the hunting rights granted by Treaty No. 8 of 1899 extinguished, reduced or modified by para. 12 of the Alberta Natural Resources Transfer Agreement, as confirmed by the *Constitution Act, 1930*?

rellement et par suite de la chasse légale et du braconnage (et il y a tout lieu de croire que les braconniers en prennent autant que les chasseurs légitimes). Le grizzli a besoin d'un grand territoire et supporte particulièrement mal l'empiétement sur son habitat. La situation de ce magnifique animal est vraiment précaire. Tous les Canadiens et, en particulier les Indiens qui ont une histoire et des traditions riches et admirables témoignant d'un respect pour toutes les espèces vivantes et d'un mode de vie en harmonie avec celles-ci, applaudiront et donneront leur soutien à des règlements destinés à favoriser la survie de l'ours. Le trafic de peaux d'ours fait autrement qu'en conformité avec les dispositions de la *Wildlife Act* menace l'existence même du grizzli. Il peut arriver que l'ours brave l'homme et parfois même en fasse la victime de quelque attaque désespérée, mais à moins de maîtriser l'utilisation d'armes à feu, il ne pourra triompher et doit compter sur l'homme pour le protéger et même pour assurer sa survie. Cette protection est fournie par la *Wildlife Act*, mais celle-ci ne sera efficace que si elle est appliquée strictement.

L'article 42 de la *Wildlife Act* est une disposition législative valide adoptée par le gouvernement compétent. Il traduit un souci réel de préserver une espèce animale. Il constitue une règle de droit d'application générale qui ne porte pas atteinte aux droits de chasse conférés aux Indiens par le Traité n° 8 et limités par la Convention de transfert de 1930.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question:

Entre le 1^{er} février 1984 et le 30 mai 1984, l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, était-il constitutionnellement applicable aux Indiens régis par le Traité n° 8 en vertu des droits de chasse que ce traité leur confère? En particulier, les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 ont-ils été supprimés, réduits ou modifiés par l'art. 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de l'Alberta confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*?

The answer to both queries framed in the Question should be in the affirmative.

The *Wildlife Act* applied to the appellant and Horseman is guilty of violating s. 42 of the Act. Nonetheless he did not seek out the bear and shot it only in self-defence. The trial judge found that he acted in good faith when he obtained the license to hunt bear. He was in financial difficulties when he sold the bear hide in an isolated transaction. He has provided the means whereby the application of the *Wildlife Act* to Indians was explored. If it were not for statutory requirement of a minimum fine, in the unique circumstances of the case, I would vary the sentence by waiving the payment of the minimum fine. Nevertheless, in light of the circumstances of the case, and the time that has elapsed, I would order a stay of proceedings. There should be no order as to costs.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rogers & Company, Calgary.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Department of Justice, Regina.

Réponse:

La réponse aux deux volets de la question doit être affirmative.

La *Wildlife Act* s'appliquait à l'appellant Horseman et celui-ci est coupable d'une infraction à l'art. 42 de la Loi. Néanmoins, il n'était pas allé à la recherche de l'ours et ne l'a tué qu'en légitime défense. Le juge du procès a conclu que l'appellant a agi de bonne foi quand il a obtenu le permis de chasse à l'ours. Il éprouvait des difficultés financières au moment où il a vendu la peau de l'ours dans le cadre d'une opération isolée. Il a fourni la possibilité d'étudier la question de l'applicabilité de la *Wildlife Act* aux Indiens. N'était-ce du fait que la Loi prescrit une amende minimale, je serais d'avis, dans les circonstances particulières de la présente affaire, de modifier la sentence en dispensant l'appelant de payer l'amende minimale. Néanmoins, compte tenu des circonstances de l'espèce et du délai écoulé, je suis d'avis d'ordonner l'arrêt des procédures. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

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

Procureurs de l'appellant: Rogers & Company, Calgary.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le ministère de la Justice, Regina.

James Wavell Bloomer *Appellant*

v.

Donald Ratych *Respondent*

INDEXED AS: RATYCH V. BLOOMER

File No.: 21152.

1990: January 30; 1990: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Damages — Whether plaintiff can recover damages for loss of earnings when he has been paid his full salary under his contract of employment.

The respondent, a police officer, was injured in a motor vehicle accident involving the police cruiser he was driving and a vehicle driven by the appellant. He was unable to work for several months because of his injuries but continued to be paid pursuant to the terms of his collective agreement and did not lose any accumulated "sick credits". The respondent successfully sued the appellant for damages for lost wages. The trial judge and the Divisional Court both found that they were bound by a decision of the Ontario Court of Appeal (*Boarelli v. Flannigan*). The Court of Appeal refused leave to appeal without written reasons. The central issue here was whether payments made by an employer during the period when a plaintiff could not work should be brought into account in assessing his damages for loss of earnings.

Held (Dickson C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: The general principles underlying our system of damages suggest that a plaintiff should receive full and fair compensation, calculated to place him in the same position as he would have been had the tort not been committed, in so far as this can be achieved by a monetary award. In calculating damages under the pecuniary heads the measure of the damages should be the plaintiff's actual loss. The plaintiff, there-

James Wavell Bloomer *Appellant*

c.

Donald Ratych *Intimé*

a
RÉPERTORIÉ: RATYCH c. BLOOMER

N° du greffe: 21152.

1990: 30 janvier; 1990: 3 mai.

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

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

Délits civils — Négligence — Dommages-intérêts — Le demandeur peut-il obtenir des dommages-intérêts pour perte de rémunération en dépit du fait qu'il a touché son plein salaire en vertu de son contrat de travail?

L'intimé, agent de police, a été blessé dans un accident survenu entre la voiture de police qu'il conduisait et un véhicule conduit par l'appelant. En raison de ses blessures, il a été incapable de travailler pendant plusieurs mois, mais il continué à toucher son salaire conformément à sa convention collective et il n'a perdu aucun de ses «crédits de congé de maladie» accumulés. L'intimé a intenté avec succès contre l'appelant une action en dommages-intérêts pour perte de salaire. Le juge de première instance et la Cour divisionnaire ont l'un et l'autre conclu qu'ils étaient liés par un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (*Boarelli v. Flannigan*). La Cour d'appel a refusé d'accorder l'autorisation d'appel sans donner de motifs écrits. La question fondamentale en l'espèce est de savoir si les paiements effectués par un employeur à un demandeur pendant le temps que ce dernier ne pouvait pas travailler doivent entrer en ligne de compte dans l'évaluation de ses dommages-intérêts pour perte de salaire.

h
Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

i
Les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: Il ressort des principes généraux sous-jacents à notre système d'attribution de dommages-intérêts qu'un demandeur devrait être dédommagé pleinement et équitablement de manière à le mettre dans la situation où il se serait trouvé n'eût été la perpétration du délit civil, pour autant que cela puisse se faire pécuniairement. Les dommages-intérêts pour les pertes pécuniaires devraient se calculer en fonction de la perte

fore, should not recover unless loss has been demonstrated, and then only to the extent of that loss. Double recovery violates this principle. It follows that where a plaintiff sustains no wage loss as a result of a tort because his employer has continued to pay his salary while he was unable to work, he should not be entitled to recover damages on that account.

Wages paid by an employer pursuant to a contract of employment are not akin to insurance and therefore do not fall within the principle that they should not be deducted from a monetary award because of their being akin to insurance. No loss arises in such a case and the underlying assumption that the employee has in fact suffered a loss or actually contributed to the fund from which the earnings were paid is not self-evident in the absence of evidence.

Without placing them in a determinative role, considerations relating to loss distribution generally support the view that wage benefits paid to a plaintiff while he or she is off work should be deducted from damages awarded for loss of earnings. Other methods of avoiding double recovery, such as subrogation, direct action by third parties, and the device of declaring a trust in favour of third parties, fail to provide a solution in many cases.

The following rule applies. Wage benefits paid while a plaintiff is unable to work must be brought into account and deducted from the claim for lost earnings. An exception to this rule may lie where the court is satisfied that the employer or fund which paid the wage benefits is entitled to be reimbursed for them on the principle of subrogation. This is the case where a statute expressly provides for payment to the benefactor of any wage benefits recovered or where the person who paid the benefits establishes a valid claim to have them repaid out of any damages awarded. Absent legislation or a third party claim, the only device available to the court to effect transference to the third party is a trust. Given that the third party has effective ways of enforcing his claim apart from trust, the trust doctrine applied in *Arnold v. Teno* and *Thornton v. Prince George School Board* should not be applied to collateral benefits in the usual case. A judge, however, might use this device to transfer payment to a third party where he or she is satisfied that this is both necessary and appropriate in the interests of justice. Some sort of obligation, moral if

réellement subie par le demandeur. Ce dernier ne devrait être indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte et, même alors, seulement dans la mesure de cette perte. La double indemnisation va à l'encontre de ce principe. Il s'ensuit donc que si le demandeur ne subit pas de perte de salaire par suite d'un délit civil parce que son employeur a continué à le lui verser pendant la durée de son incapacité de travailler, il ne devrait pas avoir droit à des dommages-intérêts pour perte de salaire.

Le salaire payé par un employeur conformément à un contrat de travail ne s'apparente pas à de l'assurance et devrait donc être déduit du montant accordé à titre de dommages-intérêts. Il n'y a pas de perte dans un tel cas et l'hypothèse sous-jacente selon laquelle l'employé a effectivement subi une perte ou vraiment contribué au fonds d'où provient le salaire payé n'est pas évidente en soi, à défaut d'éléments de preuve la justifiant.

Sans leur attribuer un rôle déterminant, les considérations relatives à la répartition de la perte appuient généralement le point de vue selon lequel les prestations sous forme de salaire versées à un demandeur pendant qu'il est absent de son travail doivent être défalquées des dommages-intérêts accordés pour perte de salaire. D'autres moyens d'éviter la double indemnisation, tels que la subrogation, l'action directe intentée par des tiers et la création d'une fiducie en faveur de tierces personnes ne constituent pas une solution dans bien des cas.

La règle suivante s'applique. Les prestations sous forme de salaire versées à un demandeur alors qu'il se trouve dans l'incapacité de travailler doivent entrer en ligne de compte et être déduites de la réclamation pour perte de salaire. Cette règle peut souffrir une exception lorsque la cour est convaincue que le principe de la subrogation joue de façon à faire naître en faveur de l'employeur qui a versé les prestations sous forme de salaire ou du fonds d'où elles proviennent un droit au remboursement de ces prestations. Ainsi en est-il lorsqu'un texte législatif prévoit expressément le paiement au bienfaiteur de toute prestation obtenue pour perte de salaire ou lorsque la personne qui a payé les prestations prouve qu'elle a le droit d'obtenir leur remboursement à même toute indemnité accordée à titre de dommages-intérêts. En l'absence d'un texte législatif ou d'une réclamation faite par un tiers, le tribunal ne peut avoir recours qu'à la fiducie pour effectuer un transfert à la tierce personne. Or, comme cette dernière dispose de moyens efficaces, autres que la fiducie, d'obtenir ce qu'elle réclame, il n'y a pas lieu normalement d'étendre aux prestations parallèles la théorie de la fiducie appliquée dans les arrêts *Arnold c. Teno* et *Thornton c.*

not legal, to repay the third party would need to be established to permit application of the trust device.

These comments did not extend to types of collateral benefits other than lost earnings, such as insurance paid for by the plaintiff and gratuitous payments made by third parties.

Per Dickson C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. (dissenting): Funds which a plaintiff recovers under an insurance policy and for which he or she has paid the premiums are not deductible. Workmen's compensation and sick benefits are compensation in the nature of insurance payments. Although their purpose is to make up for loss of wages to some extent, they are not themselves wages. They do not differ from benefits paid under a private insurance plan, except that they are organized collectively by the employees through their union, and fairness requires that they be treated in the same manner. The member of the group has paid for his or her insurance coverage just as much as the individual with a private contract of insurance.

In the context of labour negotiations, an employer would not agree to pay the wages of an employee who is absent from work due to illness or injuries without receiving in return certain concessions from the employees through their union. It may be next to impossible, however, for the plaintiff to prove this. Any benefit provided for the employee by the employer will come through the efforts of the union. The employee involved in a law suit with an insurer is the party least able to bear the burden of proving some cost paid for the benefit.

It is inequitable and unrealistic to require, as a prerequisite for non-deductibility, that the plaintiff employee prove he or she has given something in exchange for obtaining the sick leave benefit from his employer. There is no reason why insurance payments should become deductible simply because they are bargained for and structured collectively by the employer and the union on behalf of the employee rather than individually by each employee.

Prince George School Board. Il se pourrait cependant qu'un juge se serve de ce moyen pour transférer le paiement à une tierce personne lorsqu'il est convaincu que cela est à la fois nécessaire et approprié pour les fins de la justice. L'existence d'une obligation quelconque, tout au moins morale si ce n'est juridique, de rembourser la tierce personne devrait être établie pour qu'on puisse recourir à la fiducie.

Ces observations ne s'appliquent pas à des genres de prestations parallèles autres que le paiement du salaire perdu, comme les assurances payées par le demandeur et les paiements à titre gracieux faits par des tiers.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, Gonthier et Cory (dissidents): Les sommes qu'un demandeur reçoit en vertu d'une police d'assurance, pour laquelle il a payé des primes, ne sont pas déductibles. Les indemnités d'accident du travail et de maladie sont des indemnités qui tiennent de prestations d'assurance. Bien que leur objet soit de remédier à la perte de salaire dans une certaine mesure, elles ne constituent pas elles-mêmes un salaire. Elles ne diffèrent pas des prestations versées en vertu d'un régime d'assurance privé, sauf qu'elles sont mises en place collectivement par les employés par l'entremise de leur syndicat et l'équité exige qu'elles soient traitées de la même façon. Le membre d'un groupe a tout autant payé pour bénéficier de la protection de l'assurance que la personne qui a souscrit un contrat d'assurance privé.

Dans le contexte des négociations patronales-ouvrières, un employeur ne consentirait pas à payer le salaire d'un employé qui ne se présente pas au travail pour cause de maladie ou de blessures sans exiger en retour certaines concessions des employés par l'entremise de leur syndicat. Il pourrait cependant être presque impossible au demandeur de prouver cela. Tous les avantages que l'employeur accorde à l'employé découlent des efforts du syndicat. L'employé qui est engagé dans une action en justice avec un assureur est la partie la moins en mesure d'assumer le fardeau de prouver qu'il y a eu un prix à payer pour les prestations.

Il est inéquitable et irréaliste d'exiger, à titre de condition préalable à la non-déductibilité, que le demandeur employé prouve qu'il a cédé quelque chose en contrepartie de l'indemnité de congé de maladie consentie par son employeur. Il n'y a pas de motif de rendre les prestations d'assurance déductibles simplement parce qu'elles ont été négociées et mises en place collectivement par l'employeur et le syndicat agissant pour le compte de l'employé, plutôt que par chaque employé pris individuellement.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4; *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; **referred to:** *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Prince George School Board*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Phillips v. South Western Railway Co.* (1879), 4 Q.B.D. 406; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dell v. Vermette* (1963), 42 D.L.R. (2d) 326, allowing in part an appeal from (1963), 37 D.L.R. (2d) 101; *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190; *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179; *Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269; *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419; *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338; *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Dennis v. London Passenger Transport Board*, [1948] 1 All E.R. 779; *Myers v. Hoffman* (1955), 1 D.L.R. (2d) 272; *Rawson v. Kasman* (1956), 3 D.L.R. (2d) 376.

By Cory J. (dissenting)

Bradburn v. Great Western Rail. Co., [1874-80] All E.R. 195; *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4; *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33; *Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214; *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700; *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355; *Re U.E.W., Local 523, and Welland Forge Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 1.

Statutes and Regulations Cited

Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 60.

Authors Cited

Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4; *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; **arrêts mentionnés:** *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Prince George School Board*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Phillips v. South Western Railway Co.* (1879), 4 Q.B.D. 406; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dell v. Vermette* (1963), 42 D.L.R. (2d) 326, accueillant en partie l'appel de (1963), 37 D.L.R. (2d) 101; *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190; *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179; *Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269; *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419; *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338; *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355; *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Dennis v. London Passenger Transport Board*, [1948] 1 All E.R. 779; *Myers v. Hoffman* (1955), 1 D.L.R. (2d) 272; *Rawson v. Kasman* (1956), 3 D.L.R. (2d) 376.

Citée par le juge Cory (dissident)

Bradburn v. Great Western Rail. Co., [1874-80] All E.R. 195; *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4; *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245; *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33; *Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214; *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363; *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700; *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355; *Re U.E.W., Local 523, and Welland Forge Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 1.

Lois et règlements cités

Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, ch. 152, art. 60.

Doctrine citée

Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.

- Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswells, 1981.
- Goldsmith, Daena A. "A Survey of the Collateral Source Rule: The Effects of Tort Reform and Impact on Multistate Litigation" (1988), 53 *J. Air L. & Com.* 799.
- McLachlin, B. M. "What Price Disability? A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 1.
- New York (State). Governor's Advisory Commission on Liability Insurance. *Insuring our Future: Report of the Governor's Advisory Commission on Liability Insurance*. New York: The Commission, 1986.
- Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (Coulter Commission.) Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*. Toronto: The Commission, 1987.
- Palmer, Earl E. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Sanderson, John P. *The Art of Collective Bargaining*. Toronto: De Boo, 1979.
- United Kingdom. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (1978), Cmnd. 7054, I-III.
- United States of America. Attorney General. *Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability*. February 1986.
- Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswells, 1981.
- Goldsmith, Daena A. «A Survey of the Collateral Source Rule: The Effects of Tort Reform and Impact on Multistate Litigation» (1988), 53 *J. Air L. & Com.* 799.
- McLachlin, B. M. «What Price Disability? A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury» (1981), 59 *R. du B. can.* 1.
- New York (State). Governor's Advisory Commission on Liability Insurance. *Insuring our Future: Report of the Governor's Advisory Commission on Liability Insurance*. New York: The Commission, 1986.
- Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario*. (Coulter Commission.) Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*. Toronto: The Commission, 1987.
- Palmer, Earl E. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Sanderson, John P. *The Art of Collective Bargaining*. Toronto: De Boo, 1979.
- United Kingdom. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (1978), Cmnd. 7054, I-III.
- United States of America. Attorney General. *Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability*. February 1986.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal refusing leave to appeal a judgment of the Divisional Court (1988), 63 O.R. (2d) 544, 48 D.L.R. (4th) 576, affirming a judgment of the Ontario Supreme Court (1987), 60 O.R. (2d) 181, 40 D.L.R. (4th) 180, 16 C.C.E.L. 245. Appeal allowed, Dickson C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

James M. Flaherty and J. M. Chadwick, for the appellant.

James E. Lewis, Q.C., for the respondent.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a refusé l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la Cour divisionnaire (1988), 63 O.R. (2d) 544, 48 D.L.R. (4th) 576, qui avait confirmé une décision de la Cour suprême de l'Ontario (1987), 60 O.R. (2d) 181, 40 D.L.R. (4th) 180, 16 C.C.E.L. 245. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges Wilson, Gonthier et Cory sont dissidents.

James M. Flaherty et J. M. Chadwick, pour l'appellant.

James E. Lewis, c.r., pour l'intimé.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons so cogently expressed by my colleague, Justice McLachlin. While I agree with much of what she has said, I have come to a different conclusion.

The issue raised in this case is whether sick leave benefits provided to the respondent under a collective agreement should be deducted from damages for loss of income awarded to him against the appellant tortfeasor. The essential question to be resolved is whether benefits provided pursuant to a collective agreement can be distinguished from those awarded under a private insurance contract. The appellant has not questioned the validity of the rule established in *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), that benefits awarded under a private insurance contract should not be deducted from damages awarded against a tortfeasor.

My colleague found that sick leave benefits provided under a collective agreement could not be equated with those obtained under a contract of private insurance, unless the employee can prove that he or she gave up something in exchange for the employer's assurance of continued wages in the event of injury. I find that I cannot distinguish between benefits paid pursuant to a collective agreement and those provided under a private insurance contract. In my view, the provision of sick leave benefits in a collective agreement is part of the package of wages and benefits arrived at through the give and take of bargaining. It is unfair to require the employee to prove that he or she furnished consideration to the employer in exchange for receiving these benefits.

Factual Background

On February 21, 1982, the appellant, James Bloomer, while driving his car, collided with a police vehicle driven by the respondent, Donald

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs très convaincants de ma collègue le juge McLachlin. Bien que je sois d'accord avec une grande partie de ce qu'elle dit, j'arrive à une conclusion différente.

L'espèce soulève la question de savoir s'il y a lieu de déduire l'indemnité de congé de maladie versée à l'intimé en vertu d'une convention collective des dommages-intérêts que l'appellant, qui est l'auteur du délit civil, est condamné à lui payer au titre de la perte de revenus. La question essentielle à trancher est de savoir si l'indemnité versée en vertu d'une convention collective peut être distinguée de celle qui est versée en vertu d'un contrat d'assurance privé. L'appellant n'a pas contesté la validité de la règle établie dans l'arrêt *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), selon laquelle les prestations accordées en vertu d'un contrat d'assurance privé ne doivent pas être déduites des dommages-intérêts que l'auteur d'un délit civil est condamné à payer.

Ma collègue a conclu que l'indemnité de congé de maladie versée en vertu d'une convention collective ne pouvait être assimilée à celle que procure un contrat d'assurance privé, à moins que l'employé ne puisse prouver qu'il a cédé quelque chose en contrepartie de l'assurance donnée par l'employeur qu'il continuera à verser le salaire en cas de blessure. Quant à moi, je ne puis faire de distinction entre l'indemnité versée en vertu d'une convention collective et les prestations versées en vertu d'un contrat d'assurance privé. À mon avis, la disposition d'une convention collective qui prévoit le versement d'une indemnité de congé de maladie fait partie de l'ensemble des salaires et avantages sociaux déterminés par le processus de négociations. Il est injuste d'obliger l'employé à prouver qu'il a cédé quelque chose à l'employeur en contrepartie de la prestation de ces avantages.

Les faits

Le 21 février 1982, la voiture de l'appellant James Bloomer est entrée en collision avec une voiture de police conduite par l'intimé Donald

Ratych, a police constable employed by the Peel Regional Board of Commissioners of Police. As a result of the accident the respondent suffered injuries that kept him off work from February 21 to June 3, 1982. During his absence from work, he received from his employer a sum equivalent to his lost wages in accordance with Article 21.01 of the 1981-82 Collective Agreement between the Peel Regional Board of Commissioners of Police and the Peel Regional Police Association. Article 21.01 states:

21.01 When a member of the Force is absent by reason of illness or injury occasioned by, or as a result of his duties within the meaning of the Workmen's Compensation Act, he will be entitled to his full pay and benefits while he is thereby incapacitated, and there shall be no loss of accumulated sick credits. "Full pay" shall be interpreted so as to preclude the possibility of members receiving a greater net pay while on Compensation than while working.

In his action against the appellant, the respondent sought to recover \$7,987.38 in special damages, representing his wages during the period he was unable to work. At trial, Ewaschuk J. found for Mr. Ratych, stating that he was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4. The appellant's appeal to the Divisional Court was dismissed on the same ground. The Court of Appeal refused to grant leave to appeal.

The Non-Deductibility of Private Insurance Proceeds

The interrelationship of the tort system and other forms of compensation from private or public collateral sources has become a complex problem with the growth of legislation providing benefits for injured workers. Commentators have complained that the development of the law in this area has been characterized by instability, recurrent shifts in judicial thinking and the absence of underlying principle: McLachlin (prior to her appointment to the bench), "What Price Disabili-

Ratych, un agent de police au service de la Peel Regional Board of Commissioners of Police. À cause de cet accident, l'intimé a subi des blessures qui l'ont empêché de travailler du 21 février au 3 juin 1982. Pendant son absence du travail, il a reçu de son employeur, en vertu de l'article 21.01 de la convention collective conclue pour l'année 1981 et 1982 entre la Peel Regional Board of Commissioners of Police et la Peel Regional Police Association, une somme égale à la perte de salaire qu'il avait subie. L'article 21.01 est ainsi conçu:

[TRADUCTION]

21.01 Quand un agent de police s'absente en raison d'une maladie ou de blessures causées dans l'exercice de ses fonctions ou par suite de l'exercice de ses fonctions, conformément au sens que la *Loi sur les accidents du travail* donne à ces expressions, il a le droit de toucher son plein salaire et tous les avantages sociaux pendant qu'il est incapable de travailler, sans perte de ses crédits de congés de maladie. «Son plein salaire» signifie qu'en aucun cas l'agent de police ne recevra, à titre d'indemnité, un salaire net plus élevé que celui qu'il aurait reçu s'il avait travaillé.

Dans son action intentée contre l'appellant, l'intimé a demandé la somme de 7 987,38 \$ à titre de dommages-intérêts spéciaux, correspondant à son salaire pour la période pendant laquelle il avait été incapable de travailler. En première instance, le juge Ewaschuk a accueilli la demande de M. Ratych, en affirmant qu'il était lié par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4. La Cour divisionnaire a rejeté pour le même motif l'appel interjeté par l'appellant. La Cour d'appel a refusé l'autorisation d'appel.

La non-déductibilité du produit d'une assurance privée

La corrélation entre le système d'indemnisation en matière délictuelle et les autres formes d'indemnisation provenant de sources parallèles publiques ou privées est devenue un problème complexe en raison de la multiplication des lois d'indemnisation des accidents du travail. Les commentateurs ont déploré que l'évolution du droit en la matière se caractérise par l'instabilité, les changements constants de la pensée judiciaire et l'absence de principe fondamental: McLachlin (avant sa nomina-

ty? A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 44; Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), pp. 469-74. Yet despite any confusion that may have beset this issue, no court in Canada or England has questioned the principle enunciated in *Bradburn*, *supra*, that benefits awarded under a private insurance contract should not be deducted from damages awarded against a tortfeasor.

In *Bradburn*, the plaintiff had been awarded damages for injuries he had sustained due to the negligence of the defendant railway company. The defendant moved to have these damages reduced by an amount the plaintiff had received from a private insurer to compensate him for the income he had lost as a result of the accident. The Court of Appeal held that the plaintiff was entitled to receive both the amount payable by the insurer and the damages for loss of income recoverable from the defendant. *Pigott B.* held at p. 197:

I think that there would be no justice or principle in setting off an amount which the plaintiff has entitled himself to under a contract of insurance, such as any prudent man would make on the principle of, as the expression is, "laying by for a rainy day". He pays the premiums upon a contract which, if he meets with an accident, entitles him to receive a sum of money. It is not because he meets with the accident, but because he made a contract with, and paid premiums to, the insurance company, for that express purpose, that he gets the money from them.

The reasoning applied in *Bradburn* and other early cases was based primarily on the principle that the accident was not the *causa causans*, but merely a *causa sine qua non* of the receipt of the collateral benefit. However, by the middle of this century this justification had been superceded by the argument that the tortfeasor should not benefit from the plaintiff's foresight. As Asquith L.J. stated in *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976 (C.A.), at p. 978:

tion à la magistrature), «What Price Disability? A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury» (1981), 59 *R. du B. can.* 1, à la p. 44; Cooper-Stephenson et Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), aux pp. 469 à 474. Mais en dépit de la confusion qui peut avoir entouré cette question, aucune cour canadienne ou anglaise n'a mis en doute le principe énoncé dans l'arrêt *Bradburn*, précité, selon lequel les prestations versées en vertu d'un contrat d'assurance privé ne devraient pas être déduites du montant de dommages-intérêts que l'auteur d'un délit civil est condamné à payer.

Dans l'affaire *Bradburn*, le demandeur avait obtenu des dommages-intérêts pour les blessures qu'il avait subies à cause de la négligence de la société de chemins de fer défenderesse. La défenderesse avait demandé une réduction de ces dommages-intérêts égale à la somme que le demandeur avait reçue d'un assureur privé à titre d'indemnité pour la perte de revenus subie à la suite de l'accident. La Cour d'appel a statué que le demandeur avait le droit de recevoir à la fois le montant payable par l'assureur et les dommages-intérêts pour perte de revenus payables par la défenderesse. Le baron *Pigott* conclut, à la p. 197:

[TRADUCTION] Je crois qu'il ne serait ni juste ni conforme aux principes de défalquer un montant auquel le demandeur s'est donné droit en vertu d'un contrat d'assurance, parce qu'en homme prudent, il a, comme dit l'adage, fait des provisions pour les mauvais jours. Il paie les primes d'un contrat en vertu duquel, s'il est victime d'un accident, il a droit de recevoir une somme d'argent. Ce n'est pas parce qu'il est victime d'un accident, mais parce qu'il a conclu un contrat avec la compagnie d'assurances et lui a versé des primes à cette fin précise qu'il reçoit d'elle une somme d'argent.

Le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Bradburn* et dans les autres arrêts anciens se fonde principalement sur le principe que l'accident a été non pas la *causa causans* mais la *causa sine qua non* du versement des prestations parallèles. Cependant, vers le milieu du siècle, cette justification a été remplacée par l'argument selon lequel l'auteur du délit civil ne devait pas profiter de la prévoyance du demandeur. Comme le dit le lord juge Asquith dans l'arrêt *Shearman v. Folland*, [1950] 1 All E.R. 976 (C.A.), à la p. 978:

What in a given case is, and what is not, "collateral"? Insurance affords the classic example of something which is treated in law as collateral. Where X is insured by Y against injury which comes to be wrongly inflicted on him by Z, Z cannot set up in mitigation or extinction of his own liability X's right to be recouped by Y or the fact that X has been recouped by Y: *Bradburn v. Great Western Ry. Co.* [*supra*] and *Simpson v. Thomson* [(1877), 3 App. Cas. 279; 38 L.T. 1; 29 Digest 290, 2355]. There are special reasons for this. If the wrongdoer were entitled to set-off what the plaintiff was entitled to recoup or had recouped under his policy, he would, in effect, be depriving the plaintiff of all benefit from the premiums paid by the latter and appropriating that benefit to himself.

While the English courts have reduced the scope of the rule of non-deductibility, they have never questioned the *Bradburn* rule as it applied to private insurance. In *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, the Court of Appeal held that a plaintiff's disability pension should be deducted from his damages for loss of earnings, but both Lord Denning M.R. and Diplock L.J. cited the *Blackburn* rule as a well-recognized exception to the general principle that a plaintiff should not be compensated for more than he or she has lost.

In *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555, the House of Lords reversed the *Browning* decision, holding that an officer's pension should not be deducted from his damages for loss of earnings. In the course of their judgments, their Lordships affirmed the importance of the rule in *Bradburn*. Lord Pearce stated at pp. 575-76:

One must, I think, start with the firm basis that *Bradburn v. Great Western Ry. Co.* [*supra*] was rightly decided and that the benefits from a private insurance by the plaintiff are not to be taken in account.

The Australian cases have accepted *Bradburn's* case [*supra*] as correct. So, too, the Canadian cases. It has never been criticised in our courts. It accords with the view of the AMERICAN RESTATEMENT. And counsel for the respondent has not assailed it here.

[TRADUCTION] Dans une affaire donnée, quelles sont les prestations qui sont «parallèles» et quelles sont celles qui ne le sont pas? L'assurance constitue l'exemple classique de ce que le droit considère comme parallèle. Lorsque X est assuré par Y contre les blessures que Z lui a infligées par sa faute, Z ne peut réduire sa propre responsabilité ou compenser sa dette par le droit qu'a X d'être indemnisé par Y ou le fait que X a été indemnisé par Y: *Bradburn v. Great Western Ry. Co.* [précité] et *Simpson v. Thomson* [(1877), 3 App. Cas. 279; 38 L.T. 1; 29 Digest 290, 2355]. Il y a des motifs spéciaux à cela. Si l'auteur du délit civil pouvait déduire ce que le demandeur a le droit de recevoir ou a reçu comme indemnité, il priverait effectivement le demandeur de tous les avantages que le paiement des primes pouvait lui procurer et s'approprierait ces avantages pour lui-même.

Bien que les cours de justice anglaises aient réduit la portée de la règle de la non-déductibilité, elles n'ont jamais mis en doute la règle de l'arrêt *Bradburn* appliquée aux assurances privées. Dans l'arrêt *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, la Cour d'appel a statué que la pension d'invalidité du demandeur devrait être déduite de ses dommages-intérêts pour perte de salaire, mais le maître des rôles lord Denning et le lord juge Diplock ont l'un et l'autre cité la règle de l'arrêt *Bradburn* comme une exception bien reconnue au principe général selon lequel le demandeur ne doit pas être indemnisé au-delà de ce qu'il a perdu.

Dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555, la Chambre des lords a infirmé l'arrêt *Browning*, statuant que la pension d'un agent de police ne devrait pas être déduite du montant de ses dommages-intérêts pour perte de salaire. Dans leurs motifs de jugement, leurs Seigneuries confirment l'importance de la règle de l'arrêt *Bradburn*. Lord Pearce dit ceci, aux pp. 575 et 576:

[TRADUCTION] Il faut, je crois, partir du principe que l'arrêt *Bradburn v. Great Western Ry. Co.* [précité] est un bon arrêt et qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte les prestations que le demandeur tire d'une assurance privée.

La jurisprudence australienne a considéré que l'arrêt *Bradburn* [précité] est juste. La jurisprudence canadienne aussi. L'arrêt n'a jamais été critiqué devant nos tribunaux. Il est conforme au point de vue de l'AMERICAN RESTATEMENT. L'avocat de l'intimé ne l'a pas contesté en l'espèce.

The *Bradburn* case was also used by Lord Reid to support his decision that the proceeds of insurance should never be deducted from damage awards. He stated at p. 558:

As regards moneys coming to the plaintiff under a contract of insurance, I think that the real and substantial reason for disregarding them is that the plaintiff has bought them and that it would be unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor. Here again I think that the explanation that this is too remote is artificial and unreal. Why should the plaintiff be left worse off than if he had never insured?

In the recent decision of *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541, the House of Lords moved English law once more towards deductibility, holding that a plaintiff's sick pay benefits must be deducted from the damage award he had received in a suit against his employer. However, their Lordships affirmed the importance of the *Bradburn* rule. As Lord Bridge stated at pp. 544-45:

... where a plaintiff recovers under an insurance policy for which he has paid the premiums, the insurance moneys are not deductible from damages payable by the tortfeasor . . .

Since the early part of this century, the *Bradburn* rule has been consistently applied by Canadian courts. It has been affirmed by appellate courts in Saskatchewan (*Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (Sask. C.A.), *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33 (Sask. C.A.)), New Brunswick (*Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214 (N.B.S.C., App. Div.)), Ontario (*Boarelli v. Flannigan*, *supra*), and British Columbia (*Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363). In addition, this Court in both *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, at p. 668, and *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, at p. 763 has cited, with approval, the following statement of Lord Pearce in *Parry v. Cleaver*, *supra*:

Lord Reid a aussi invoqué l'arrêt *Bradburn* à l'appui de sa décision que le produit d'une assurance ne doit jamais être déduit du montant de dommages-intérêts accordé. Il dit, à la p. 558:

^a [TRADUCTION] Pour ce qui est des sommes dues au demandeur en vertu d'un contrat d'assurance, je crois que le véritable motif de ne pas les prendre en compte tient à ce que le demandeur les a achetées et qu'il serait injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit civil. Ici encore, je crois que l'explication, selon laquelle cela présente un lien de connexité insuffisant, est artificielle et forcée. Pourquoi le demandeur devrait-il se retrouver dans une situation pire que s'il n'avait pas souscrit d'assurance?

^d Dans un arrêt récent, *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541, la Chambre des lords a amené le droit anglais un pas plus près de la déductibilité, en statuant qu'il faut déduire l'indemnité de congé de maladie touchée par un demandeur des dommages-intérêts accordés dans une action intentée contre son employeur. Cependant, leurs Seigneuries ont confirmé l'importance de la règle de l'arrêt *Bradburn*. Lord Bridge y dit ceci, aux pp. 544 et 545:

^f [TRADUCTION] ... quand un demandeur est indemnisé en vertu d'une police d'assurance pour laquelle il a payé des primes, le produit de l'assurance n'est pas déductible des dommages-intérêts payables par l'auteur du délit civil.

^g Les tribunaux canadiens ont constamment appliqué la règle de l'arrêt *Bradburn* depuis le début du siècle. Elle a été confirmée par les cours d'appel de la Saskatchewan (*Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (C.A. Sask.), *Dawson v. Sawatzky*, [1946] 1 W.W.R. 33 (C.A. Sask.)), du Nouveau-Brunswick (*Bourgeois v. Tzrop* (1957), 9 D.L.R. (2d) 214 (C.S.N.-B., Div. app.)), de l'Ontario (*Boarelli v. Flannigan*, précité) et de la Colombie-Britannique (*Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363). De plus, notre Cour a cité et approuvé à deux occasions, dans *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, à la p. 668, et dans *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, à la p. 763, la déclaration suivante de lord Pearce dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, précité:

If one starts on the basis that *Bradburn's* case (1874), L.R. 10 Ex. 1, decided on fairness and justice and public policy, is correct in principle . . .

Thus it can be seen that the principle that the funds that a plaintiff recovers under an insurance policy, for which he or she has paid the premiums, are not deductible is firmly established. It is a principle said to be based upon fairness and justice.

The Application of the *Bradburn* Rule to Insurance Benefits Paid Pursuant to a Collective Agreement

While courts in Canada and England have consistently applied the *Bradburn* principle with respect to private insurance proceeds, they have encountered difficulties in developing a uniform approach for dealing with collateral benefits provided by an employer to an employee. In England, the House of Lords in *Hussain, supra*, has developed a distinction between disability pensions and sick leave payments. Disability pensions are equated with insurance and are therefore non-deductible in accordance with the principles enunciated in *Bradburn*. On the other hand, sick leave payments are regarded as wages and are considered to be deductible.

This approach was not adopted unanimously by the House of Lords until the decision was rendered in *Hussain, supra*. It appears to be based upon *obiter* statements by Lord Reid in *Parry v. Cleaver, supra*, where he commented generally on the subject and stated at p. 560 that "wages are a reward for contemporaneous work but that a pension is the fruit, through insurance, of all the money which was set aside in the past in respect of his past work." According to Lord Reid, the wages paid to an individual while he or she is off work do not differ in kind from the wages paid while he or she is working. Yet he found that the money paid as a disability pension is a benefit that the individual would never have received but for the accident.

In Canada, courts have applied *Parry v. Cleaver* to support the non-deductibility of pension and

Si l'on dit au départ que l'arrêt *Bradburn's* (1874), L.R. 10 Exch. 1, rendu selon l'équité, la justice et l'ordre public, est juste en principe . . .

On peut donc constater la consécration du principe qui veut que les sommes qu'un demandeur reçoit en vertu d'une police d'assurance, pour laquelle il a payé des primes, ne soient pas déductibles. On affirme que ce principe est fondé sur l'équité et la justice.

L'application de la règle de l'arrêt *Bradburn* aux prestations d'assurance versées en vertu d'une convention collective

Alors que les cours de justice canadiennes et anglaises ont appliqué de façon constante le principe de l'arrêt *Bradburn* aux prestations d'assurances privées, elles ont eu de la difficulté à concevoir une solution uniforme à l'égard des prestations parallèles qu'un employeur verse à un employé. En Angleterre, dans l'arrêt *Hussain*, précité, la Chambre des lords a établi une distinction entre les pensions d'invalidité et les indemnités de congé de maladie. Les pensions d'invalidité sont assimilées à de l'assurance et ne sont donc pas déductibles conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Bradburn*. Par ailleurs, les indemnités de congé de maladie sont assimilées à un salaire et sont jugées déductibles.

Ce point de vue n'a pas été adopté à l'unanimité par la Chambre des lords avant l'arrêt *Hussain*, précité. Il paraît fondé sur l'opinion incidente de lord Reid dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, précité, où il aborde le sujet d'une manière générale et dit, à la p. 560, que [TRADUCTION] «le salaire est la rétribution immédiate d'un travail tandis qu'une pension représente le fruit, produit par l'assurance, de la totalité des fonds mis de côté dans le passé relativement à son travail». Selon lord Reid, le salaire payé à une personne pendant qu'elle n'est pas au travail n'est pas de nature différente du salaire payé pendant qu'elle travaille. Cependant, il conclut que les sommes versées sous forme de pension d'invalidité sont un avantage dont une personne n'aurait jamais bénéficié n'eût été de l'accident.

Au Canada, les tribunaux ont appliqué l'arrêt *Parry v. Cleaver* pour étayer la non-déductibilité

sick leave benefits, devoting very little attention to the distinction enunciated by Lord Reid. This Court has held that Canada Pension Plan payments and payments from an employer's private pension plan should not be deducted from a plaintiff's damages: see *Canadian Pacific Ltd. v. Gill, supra*; *Guy v. Trizec Equities Ltd., supra*. But the Court's reliance and citation of *Parry v. Cleaver* extends only to statements made by Lord Reid and Lord Pearce which indicate the manner in which pensions can be equated with insurance. They should not be regarded, in my opinion, as approving the *obiter* distinctions between pensions and accident and sick leave benefits set out by Lord Reid.

The New Brunswick Court of Appeal in *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700 (C.A.), has held that a police officer who had received full salary from his employer during his period of disability could not recover damages for lost earnings. But the court in that case appears to have relied only on the English Court of Appeal's decision in *Browning*, without considering *Parry v. Cleaver*.

In British Columbia and Ontario, on the other hand, the appellate courts have relied on *Parry v. Cleaver* to hold that accident and sick pay benefits cannot be deducted from the award of damages. In *Chan v. Butcher, supra*, the British Columbia Court of Appeal held that payments received by an employee under a "short-term disability plan" funded by her employer could not be applied to mitigate damages. The court stated that these benefits should be regarded as akin to insurance benefits and not wages. Macfarlane J.A. commented at pp. 367-68:

... the plan under which the benefits are payable need not necessarily resemble the ordinary contract of insurance... as Lord Pearce observed in *Parry v. Cleaver*, at p. 37, it is sufficient if the character of the payments is the same as those derived from private

des prestations de pension et des indemnités de congé de maladie sans accorder beaucoup d'importance à la distinction établie par lord Reid. Notre Cour a statué que les allocations versées en vertu du Régime de pensions du Canada et celles qui le sont en vertu du régime de pensions privé d'un employeur ne sont pas déductibles des dommages-intérêts accordés à un demandeur: voir *Canadian Pacific Ltée c. Gill et Guy c. Trizec Equities Ltd.*, précités. Notre Cour n'a cité et invoqué l'arrêt *Parry v. Cleaver* que relativement aux déclarations de lord Reid et de lord Pearce qui indiquent comment il est possible d'assimiler les pensions à de l'assurance. À mon avis, il ne faut pas y voir l'approbation de la distinction que lord Reid a établie, en opinion incidente, entre les prestations de pensions, d'une part, et les indemnités de congé de maladie ou d'accident, d'autre part.

Dans l'arrêt *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700 (C.A.), la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué qu'un agent de police qui avait reçu son plein salaire de son employeur pendant une période d'invalidité ne pouvait recevoir de dommages-intérêts pour perte de salaire. Cependant, dans cette affaire, la cour semble s'être fondée uniquement sur l'arrêt *Browning* de la Cour d'appel d'Angleterre, sans tenir compte de l'arrêt *Parry v. Cleaver*.

Par ailleurs, en Colombie-Britannique et en Ontario, les cours d'appel se sont fondées sur l'arrêt *Parry v. Cleaver* pour statuer qu'on ne peut pas déduire les indemnités de congé d'accident ou de maladie des dommages-intérêts accordés. Dans l'arrêt *Chan v. Butcher*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les sommes versées à une employée en vertu d'un [TRADUCTION] «régime d'invalidité de courte durée» défrayé par son employeur ne pouvaient pas servir à réduire le montant des dommages-intérêts. La cour a statué qu'il fallait considérer que ces avantages s'apparentaient à des prestations d'assurance et non à un salaire. Le juge Macfarlane dit, aux pp. 367 et 368:

[TRADUCTION] ... le régime en vertu duquel les prestations sont payables n'a pas nécessairement à ressembler à une police d'assurance ordinaire [...] comme lord Pearce l'a fait remarquer dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, à la p. 37, il suffit que la nature des prestations soit la

insurance, namely, "they are intended by the payor and the payee to benefit the workman and not to be a subvention for wrongdoers who will cause him damage".

Adopting the same approach, I would say that the benefits in this case were intended to insure the employee against the risk of unemployment caused by illness or accident, and not for the advantage of the wrongdoer who caused the employee to become unemployed. Surely when the risk becomes reality and benefits are paid to relieve the employee from the burden of unemployment, then such benefits ought to be regarded as in the nature of insurance.

The appellate decisions in Ontario are perhaps most apposite, not so much because they reflect the dramatic swing back towards a general policy of non-deductibility that followed the *Parry v. Cleaver* decision, but rather because they focus on the evidentiary issue central to the case at bar. In *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355, the court held in a brief decision that in the absence of evidence to the contrary, sick pay received by a plaintiff from his employer should be regarded as a gratuitous payment by the employer that was deductible from a damage award.

Less than two years later, in *Boarelli v. Flannigan*, *supra*, the Ontario Court of Appeal delivered a lengthy decision endorsing in broad terms the principle of non-deductibility and explicitly reversing the court's decision in *Menhennet*. On the subject of benefits obtained pursuant to collective bargaining agreements, Dubin J.A., as he then was, held at p. 14:

Therefore, with respect to collateral benefits obtained, pursuant to collective bargaining agreements or private contracts of employment, I would view such benefits as part of the wage package and the benefits received as having been paid for by the employee, and I do not think that they should be treated any differently than a benefit received from a private insurance plan . . . I think it safe to assume in present society that such benefits are included in the wages which the employee receives and for which he must work, rather than requiring proof of such facts in every case. It is well known that in the determination of a remuneration to be paid to employees

même que celles qui découlent d'une assurance privée, c.-à-d. «que l'assureur et l'assuré aient voulu qu'elles profitent au travailleur et non qu'elles constituent une subvention pour l'auteur du délit civil qui fera subir un préjudice à l'assuré».

Adoptant ce même point de vue, je dirais qu'en l'espèce les prestations visaient à garantir l'employé contre le risque de chômage engendré par la maladie ou un accident et non à favoriser l'auteur du délit civil qui est à la source de l'incapacité de travailler de l'employé. Quand le risque se réalise et que les prestations sont versées pour indemniser l'employé des inconvénients du chômage, il faut certainement considérer ces prestations comme tenant d'une assurance.

Les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario sont peut-être les plus pertinents, moins parce qu'ils traduisent le retour spectaculaire à la politique générale de non-déductibilité qui a suivi l'arrêt *Parry v. Cleaver*, mais parce qu'ils portent précisément sur la question de preuve qui est cruciale en l'espèce. Dans l'arrêt *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355, la cour a statué dans une décision succincte qu'en l'absence de preuve contraire, l'indemnité de maladie qu'un demandeur reçoit de son employeur doit être considérée comme un paiement à titre gracieux de la part de l'employeur, qui est déductible des dommages-intérêts à accorder.

Moins de deux ans plus tard, dans l'arrêt *Boarelli v. Flannigan*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a prononcé un arrêt élaboré dans lequel elle a souscrit de manière générale au principe de la non-déductibilité et a expressément renversé l'arrêt *Menhennet*. À la page 14, le juge Dubin, maintenant juge en chef de l'Ontario, dit ceci au sujet des prestations obtenues en vertu de conventions collectives:

[TRADUCTION] En conséquence, pour ce qui est des prestations parallèles obtenues en vertu de conventions collectives ou de contrats de travail privés, je suis d'avis de considérer que ces prestations font partie de la rémunération globale et que les prestations reçues ont été défrayées par l'employé de sorte que je crois qu'elles ne devraient pas être traitées de façon différente d'une prestation reçue en vertu d'un régime d'assurance privé. [. . .] Je crois prudent de tenir pour acquis, dans la société actuelle, que ces avantages font partie du salaire qu'un employé reçoit et pour lequel il doit travailler plutôt que d'exiger la preuve de ces faits dans chaque

“fringe benefits” are considered in arriving at a total wage benefit package, and the amount of the weekly salary or wage is dependent upon the cost of the totality of the benefits. [Emphasis added.]

In addition, he decided that even if the payments in *Menhennet* had been made *ex gratia* by the employer, they should still be non-deductible. He stated at pp. 15-16:

That brings me to consideration of the judgment of this Court in *Menhennet v. Schoenholz*, *supra*. In that case the injured party received a payment from his employer which was described as sick pay. The Court was of the opinion that there was no evidence to show that this was a payment obligatory on the employer's part, payment for which benefit had been negotiated or accepted by the union for an employee in lieu of an increase in his hourly wage. It is to be observed that it is implicit in that judgment that, if it had been shown that the payment therein was a fringe benefit as part of the total wage package, the said sum would not have been deducted, which is consistent with the views that I have heretofore expressed. However, relying on the principles in *Browning v. War Office*, *supra*, on the assumption that the payment was *ex gratia*, the Court held that the amount should be deducted.

As pointed out in *Parry v. Cleaver*, *supra*, the source of the payment is no longer relevant and, therefore, the fact that it is the employer in one case and a friend in another, who is the donor, should not affect the result. In my opinion, therefore, such *ex gratia* payments made by an employer should not be deducted from the award of damages which would otherwise prevail.

In her reasons, my colleague has not accepted Lord Reid's distinction between wages and pensions. Instead, she states that benefits of the kind at issue in this case might be regarded as akin to insurance. However, she holds that this inference can be drawn only if the employee can prove that he or she has given up something in exchange for the wage benefit received.

Like my colleague, I am unable to accept the distinction between pensions and wages relied upon in *Hussain*, *supra*. While the distinction may have some relevance within the particular struc-

instance. Il est reconnu que, dans la détermination de la rémunération à payer aux employés, les avantages sociaux sont pris en considération pour déterminer l'ensemble des salaires et des avantages sociaux; le montant du salaire hebdomadaire varie en fonction du coût de l'ensemble des avantages sociaux. [Je souligne.]

En plus, il a statué que même si les paiements dans l'affaire *Menhennet* avaient été faits à titre gracieux par l'employeur, ils ne devraient pas être déductibles. Il dit, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] Ceci m'amène à examiner l'arrêt de notre Cour *Menhennet v. Schoenholz*, précité. Dans cette affaire, la victime avait reçu de son employeur un paiement qu'on a qualifié d'indemnité de maladie. La cour a été d'avis qu'il n'y avait pas d'élément de preuve démontrant que l'employeur était tenu de faire ce paiement, un paiement négocié ou accepté par le syndicat pour le compte d'un employé à la place d'une majoration du salaire horaire. Il faut prendre note qu'il est implicite dans ce jugement que, s'il avait été établi que ce paiement constituait un avantage social faisant partie de la rémunération globale, il n'aurait pas été déduit, ce qui correspond à l'avis que j'ai déjà exprimé. Cependant, se fondant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Browning v. War Office*, précité, en tenant pour acquis qu'il s'agissait d'un paiement à titre gracieux, notre Cour a statué que cette somme était déductible.

Comme on le souligne dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, précité, la source de l'indemnité n'est plus pertinente et, en conséquence, que le donateur soit l'employeur dans un cas ou un ami dans un autre cas ne change pas le résultat. À mon avis, il s'ensuit que de tels paiements faits à titre gracieux par un employeur ne devraient pas être déduits du montant qui aurait été autrement accordé à titre de dommages-intérêts.

Dans ses motifs de jugement, ma collègue n'a pas accepté la distinction que fait lord Reid entre un salaire et une pension. Elle dit plutôt que les prestations du genre de celles qui sont en cause en l'espèce pourraient être considérées presque comme tenant de l'assurance. Elle affirme cependant qu'il n'est possible de tirer cette conclusion que si l'employé peut prouver qu'il a cédé quelque chose en contrepartie des prestations sous forme de salaire reçues.

Comme ma collègue, je ne puis accepter la distinction établie entre les pensions et les salaires sur laquelle se fonde l'arrêt *Hussain*, précité. Bien que cette distinction puisse avoir une certaine per-

ture of English labour relations law, I hesitate to apply it in the Canadian context. It is noteworthy, I believe, that the manner in which sick benefits have traditionally been characterized by Canadian labour law experts appears to run contrary to the approach taken by the House of Lords. In both Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (1977), at p. 467, and Palmer, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (2nd ed. 1983), at pp. 670-71, the authors state that the majority of Canadian labour arbitrators have held that an employee who is in receipt of sick benefits may properly claim payment for statutory holidays that occur during the period of his or her illness. The arbitrators' conclusion on this point is based on the fact that sick benefits are regarded as insurance rather than wages. According to both texts, the majority view is expressed in the arbitral decision of *Re U.E.W., Local 523, and Welland Forge Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 1, at p. 5 (Christie), where the Board stated:

Workmen's Compensation and sick benefit are not wages; they are compensation in the nature of insurance payments, flowing from injury or sickness as the case may be. The purpose of such payments is to make up for loss of wages to some extent, but they are not themselves wages.

I am in complete agreement with this statement. In my opinion, sick leave benefits such as those at issue in this case are no different than benefits paid under a private insurance plan, except that they are organized collectively by the employees through their union.

The provision of sick leave benefits in a collective agreement is part of the package of wages and benefits arrived at through the give and take of bargaining. An individual member of the collective bargaining group, such as the respondent, is bound to accept the group insurance coverage. There is no alternative.

tinence dans le cadre particulier du droit anglais en matière de relations de travail, j'hésite à l'appliquer dans le contexte canadien. Il convient de noter, je crois, que la façon traditionnelle dont les spécialistes du droit du travail au Canada ont qualifié les indemnités de maladie ne paraît pas cadrer avec le point de vue adopté par la Chambre des lords. Dans l'ouvrage de Brown et Beatty, intitulé *Canadian Labour Arbitration* (1977), à la p. 467, et dans celui de Palmer, intitulé *Collective Agreement Arbitration in Canada* (2^e éd. 1983), aux pp. 670 et 671, les auteurs affirment que la majorité des arbitres canadiens en matière de travail ont statué qu'un employé qui touche une indemnité de maladie a le droit de réclamer des prestations pour les congés fériés qui tombent dans sa période de maladie. La conclusion des arbitres sur ce point se fonde sur le fait que les indemnités de maladie sont considérées comme de l'assurance plutôt que comme un salaire. Selon ces deux ouvrages, l'opinion de la majorité est énoncée dans la décision arbitrale *Re U.E.W., Local 523, and Welland Forge Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 1, à la p. 5 (Christie), dans laquelle la Commission dit:

[TRADUCTION] Les indemnités d'accident du travail et de maladie ne sont pas des salaires; ce sont des indemnités qui tiennent de prestations d'assurance payables en raison d'un accident ou d'une maladie selon le cas. L'objet de ces prestations est de remédier à la perte de salaire dans une certaine mesure, mais elles ne constituent pas elles-mêmes un salaire.

Je souscris entièrement à cet énoncé. À mon avis, les indemnités de congé de maladie, comme celles qui sont en cause en l'espèce, ne diffèrent pas des prestations versées en vertu d'un régime d'assurance privé, sauf qu'elles sont mises en place collectivement par les employés par l'entremise de leur syndicat.

Les indemnités de congé de maladie prévues dans une convention collective font partie de l'ensemble des salaires et des avantages sociaux auquel aboutit le processus de concessions réciproques des négociations. Un membre individuel d'une unité de négociation, comme l'intimé, doit accepter la couverture de l'assurance collective. Il n'a pas le choix.

The group insurance will operate on the same principle as any private insurance scheme. All members of the bargaining unit will be obtaining coverage based on the actuarially calculated expectations of loss of time at work due to accident and illness of all members of the bargaining unit during the term of the insurance. Thus it can be seen that my colleague's concern that an employee with only one day's employment may be covered and unfairly compensated by a tortfeasor is of no relevance. A private insurance contract will cover an accident which occurs one day after the contract is in place. It is a risk taken into account by the insurer in writing the terms of the policy and fixing the premium. Precisely the same principle is applicable to group insurance. Some members of the group will never have to avail themselves of the coverage in 35 or 40 years of employment. Others will not be so fortunate. Depending on the circumstance, a group policy may cost just the same amount as private insurance. The individual employee will pay for that coverage in reduced wages or by the other provisions of the collective agreement.

There is no difference in operating principle between private and collective insurance. The worker within a collective unit should not be punished for his membership in the group or for his or her payment of the insurance premium or its equivalent through the group. It has been held that it would be unfair to deduct the wages recovered by an individual through a private contract of insurance. It is equally unfair to deduct these wages from the individual who, as a member of a group, receives group insurance coverage for wages lost due to accident or illness. The member of the group has paid for his or her insurance coverage just as much as the individual with a private contract of insurance. Fairness requires that the member of the group be compensated in the same manner as the individual with the private contract of insurance.

L'assurance collective fonctionne suivant le même principe qu'un régime d'assurance privé. Tous les membres de l'unité de négociation jouiront de la protection fondée sur le calcul actuariel des risques de perte d'heures travaillées à cause d'accidents ou de maladie pour l'ensemble de l'unité de négociation pendant la durée de l'assurance. On peut donc constater que la crainte éprouvée par ma collègue qu'un employé ayant travaillé un seul jour soit protégé par l'assurance et indemnisé de façon inéquitable par l'auteur d'un délit civil manque d'à-propos. Un contrat d'assurance privé assurera contre un accident qui se produira le lendemain de l'entrée en vigueur du contrat. Il s'agit d'un risque dont l'assureur tient compte pour déterminer les conditions de la police et le montant de la prime d'assurance. Exactement le même principe s'applique à l'assurance collective. Certains membres de l'unité de négociation n'auront jamais à se prévaloir de cette protection en 35 ou 40 ans d'emploi. D'autres n'auront pas cette chance. Selon les circonstances, une police d'assurance collective peut coûter exactement la même chose qu'une assurance privée. Chaque employé paiera cette assurance sous forme de réduction de son salaire ou en vertu d'autres dispositions de la convention collective.

Il n'y a pas de différence entre le principe de fonctionnement de l'assurance privée et celui qui régit l'assurance collective. Le travailleur membre d'une unité de négociation ne devrait pas être pénalisé en raison de son appartenance au groupe ou parce qu'il paie sa prime d'assurance ou ce qui en tient lieu par l'entremise du groupe. On a jugé qu'il serait inéquitable de déduire le salaire qu'une personne a reçu à titre d'indemnité en vertu d'un contrat d'assurance privé. Il serait tout aussi inéquitable d'enlever ce salaire à une personne qui, à titre de membre d'un groupe, touche des prestations d'assurance collective en raison d'une perte de salaire due à un accident ou à la maladie. Le membre d'un groupe a tout autant payé pour bénéficiaire de la protection de l'assurance que la personne qui a souscrit un contrat d'assurance privé. L'équité exige que les membres d'un groupe soient indemnisés de la même manière que le particulier qui a souscrit un contrat d'assurance privé.

The negotiation of a collective agreement is a painstaking process of bargaining and compromise. While both sides recognize that an amicable agreement is in the best interests of both union and management, the spirit of negotiations is characteristically one of self-interest, not altruism. As Sanderson states, at p. 1, in *The Art of Collective Bargaining* (1979), the collective agreement:

... represents the compromises, the victories and defeats, large and small, of one group of negotiators over the other.

It is written and agreed upon by a number of individuals acting largely in a representative capacity. The collective bargaining process in essence is adversary in nature and represents the manner in which two opposite parties arrive at a ceasefire agreement for a specified period of time.

In the context of labour negotiations, it strains common sense to imagine that an employer would agree to pay the wages of an employee who is absent from work due to illness or injuries received in an accident without receiving in return certain concessions from the employees through their union. Nothing is given gratuitously. Usually benefits are only acquired by hard bargaining. But it may be next to impossible for the plaintiff to prove this. Any benefit provided for the employee by the employer will come through the efforts of the union. They will flow from the union as a collective unit and the cost of or the consideration given for the group insurance may be extremely difficult to calculate. The exchange may be a simple one of lower wages for higher benefits or it may involve factors that are more intangible. Union and employer representatives may be reluctant or unable to provide an exact description of the nature of the bargain. The employee involved in a law suit with an insurer, a professional litigant, is the party least able to afford to pay for the opinion of lawyers, or the expert evidence of economists, union negotiators and others required to satisfy the burden of proof that my colleague would place upon him or her. It is difficult to imagine that the group coverage of police officers would be any less

La négociation d'une convention collective constitue un processus laborieux de marchandage et de compromis. Bien que les deux parties reconnaissent que le syndicat et la partie patronale ont intérêt à arriver à une entente à l'amiable, le climat dans lequel se déroulent les négociations se caractérise par la recherche de l'avantage personnel et non par l'altruisme. Comme l'affirme Sanderson à la première page de son ouvrage intitulé *The Art of Collective Bargaining* (1979), la convention collective:

[TRADUCTION] ... représente les compromis, les victoires et les défaites, grandes et petites, d'un groupe de négociateurs par rapport à l'autre.

Elle est rédigée et arrêtée par un certain nombre de personnes qui agissent surtout en qualité de représentantes d'autres personnes. Le processus de négociation collective tient essentiellement d'une guerre et représente la manière dont deux parties opposées décident de suspendre les hostilités pour une période définie.

Dans le contexte des négociations patronales-ouvrières, ce serait faire preuve de naïveté que de penser qu'un employeur pourrait consentir à payer le salaire d'un employé qui ne se présente pas au travail pour cause de maladie ou de blessures subies dans un accident sans exiger en retour certaines concessions des employés par l'entremise de leur syndicat. On n'a rien pour rien. D'ordinaire, les avantages s'obtiennent de haute lutte. Il pourrait cependant être presque impossible au demandeur de prouver cela. Tous les avantages que l'employeur accorde à l'employé découlent des efforts du syndicat. Ils s'obtiennent par l'entremise du syndicat en sa qualité de représentant d'un groupe et le coût ou la contrepartie de l'assurance collective peut être très difficile à établir. Il peut s'agir simplement du troc d'un salaire moins élevé en échange de meilleurs avantages sociaux comme il peut s'agir de facteurs moins tangibles. Les représentants syndicaux et patronaux peuvent être réticents à fournir une description exacte de la nature du compromis ou même être incapables de le faire. L'employé qui est engagé dans une action en justice avec un assureur, qui a l'habitude de plaider, est la partie la moins en mesure de défrayer le coût des avis juridiques et des témoignages d'économistes experts, de négociateurs syn-

expensive than a private contract of insurance. Although there is no evidence on the point, I think it should be recognized that the police face job-related risks of accident and injury that must be much higher than almost any other category of employment. It may well be impossible to calculate what the individual police officer is paying for his or her disability coverage. Yet as surely as night follows day, payment is being made.

In light of all these factors, I believe that it is inequitable and unrealistic to require, as a prerequisite for non-deductibility, that the plaintiff employee prove he or she has given something in exchange for obtaining the sick leave benefit from his employer. In my view, there is no reason why insurance payments should become deductible simply because they are bargained for and structured collectively by the employer and the union on behalf of the employee rather than individually by each employee. I would adopt the words of Lord Reid, at p. 558, in *Parry v. Cleaver, supra*, on this point, but extend them to the employee accident sick leave provisions considered in the case at bar:

Then I ask—why should it make any difference that he insured by arrangement with his employer rather than with an insurance company? In the course of the argument the distinction came down to be as narrow as this: if the employer says nothing or merely advises the man to insure and he does so, then the insurance money will not be deductible; but if the employer makes it a term of the contract of employment that he shall insure himself and he does so, then the insurance money will be deductible. There must be something wrong with an argument which drives us to so unreasonable a conclusion.

The Need for Legislative Reform

In her reasons, my colleague has observed that the focus of tort law is shifting inexorably away from concerns of moral culpability and punishment toward those of compensation and the efficient distribution of loss. She has noted the conclu-

dicaux et d'autres personnes requises pour satisfaire au fardeau de preuve que ma collègue lui imposerait. Il est difficile de voir comment l'assurance collective des policiers peut être moins coûteuse qu'un contrat d'assurance privé. Bien qu'il n'y ait pas d'éléments de preuve sur ce point, je crois qu'il faudrait reconnaître que les policiers courent un plus grand risque d'accidents et de blessures liés au travail que toute autre catégorie de travailleurs. Il peut bien être impossible d'établir ce qu'un policier particulier paie pour son assurance-invalidité. Mais, aussi certainement que la nuit succède au jour, quelqu'un en paie le prix.

Compte tenu de tous ces facteurs, je crois qu'il est inequitable et irréaliste d'exiger, à titre de condition préalable à la non-déductibilité, que le demandeur employé prouve qu'il a cédé quelque chose en contrepartie de l'indemnité de congé de maladie consentie par son employeur. À mon avis, il n'y a pas de motif de rendre les prestations d'assurance déductibles simplement parce qu'elles ont été négociées et mises en place collectivement par l'employeur et le syndicat agissant pour le compte de l'employé, plutôt que par chaque employé pris individuellement. Je suis d'avis d'adopter les propos que lord Reid a tenus sur ce point dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, précité, à la p. 558, et de les étendre aux prestations de congé de maladie versées à la suite de l'accident de l'employé dont il est question en l'espèce:

[TRADUCTION] Alors je me demande ceci: pourquoi cela devrait-il faire une différence qu'il soit assuré par convention avec son employeur plutôt que par une compagnie d'assurances? Pendant les plaidoiries, la distinction a été ramenée à ceci: si l'employeur ne dit rien ou recommande simplement à l'employé de s'assurer et que celui-ci le fait, alors les prestations d'assurance ne seront pas déductibles; mais si l'employeur porte dans les conditions du contrat de travail qu'il doit s'assurer lui-même et qu'il le fait, les prestations d'assurance seront déductibles. Il doit y avoir une faille dans un argument qui nous amène à tirer une conclusion aussi déraisonnable.

La nécessité d'une réforme législative

Dans ses motifs de jugement, ma collègue fait remarquer que le point de mire du droit en matière de responsabilité civile délictuelle glisse inexorablement d'un régime de culpabilité morale et de punition vers un régime d'indemnisation et de

sions of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury in England, the Osborne Commission in Ontario and two American reports, all of which have recommended the legislative reform or abolition of the collateral benefits rule. While her comments focus on the problems in the law relating to collateral benefits, I believe they highlight the need for broad and creative legislative solutions that will promote values of compensation and efficient cost-sharing in fields such as motor vehicle accident law.

But the task of reform is primarily that of the legislatures. As the evolution of the collateral benefits rule in England and Canada has demonstrated, judicial efforts to create exceptions and distinctions have not been entirely successful. Far better, in my opinion, is the approach taken in the United States, where the collateral benefits rule has remained relatively untouched by the courts but has been widely revised or abolished by state legislatures.

Conclusion

In my opinion, the benefits obtained by Mr. Ratych from his employer pursuant to the collective agreement should not be deducted from the special damages for loss of income he has been awarded. These benefits are merely a collective form of private insurance, and should be treated in accordance with the rule in *Bradburn, supra*. The benefits form part of the package of wages and benefits arrived at through struggle and tough bargaining between the union and the employer. It is unfair and unrealistic to require the employee to furnish proof that he or she has provided a specific *quid pro quo* in exchange for the benefits. If the *Bradburn* rule is abolished by the legislature, then it would follow that the entire category of benefits that are equivalent to insurance would become deductible. However, in the absence of such legislation, there seems to me to be no reason why in all fairness the courts should treat benefits paid pursuant to a collective agreement differently from

répartition efficace des pertes. Elle note les conclusions de la Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury en Angleterre, de la commission Osborne en Ontario et de deux rapports américains, qui recommandent tous des réformes législatives ou l'abolition de la règle des prestations parallèles. Bien que ses observations soient axées sur les problèmes de la règle relative aux prestations parallèles, je crois qu'elles font ressortir la nécessité de trouver des solutions législatives générales et novatrices qui favorisent le recours à l'indemnisation et à la répartition efficace des coûts dans des domaines comme le droit relatif aux accidents d'automobile.

Cependant, la tâche de la réforme relève en premier lieu des législatures. Comme le démontre l'évolution de la règle des prestations parallèles en Angleterre et au Canada, les efforts déployés par les tribunaux en vue de formuler des exceptions et des distinctions n'ont pas été tout à fait fructueux. Selon moi, il est de beaucoup préférable d'adopter la méthode suivie aux États-Unis où les tribunaux ont laissé la règle des prestations parallèles relativement intacte, mais où les législatures des États l'ont ou modifiée profondément ou totalement abolie.

Conclusion

À mon avis, les prestations versées à M. Ratych par son employeur en vertu de la convention collective ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts spéciaux accordés au titre de la perte de revenus. Ces prestations ne constituent qu'une forme collective d'assurance privée et devraient être traitées conformément à la règle établie dans l'arrêt *Bradburn*, précité. Ces prestations font partie de l'ensemble des salaires et des avantages sociaux auxquels ont abouti une lutte et des négociations serrées entre le syndicat et l'employeur. Il est inéquitable et irréaliste d'exiger que l'employé prouve qu'il a cédé quelque chose de précis en contrepartie de ces avantages. Si le législateur abolit la règle de l'arrêt *Bradburn*, il s'ensuivra que l'ensemble des avantages qui équivalent à de l'assurance deviendront déductibles. Cependant, en l'absence d'une telle mesure législative, je ne vois pas pourquoi, en toute équité, les tribunaux devraient traiter les prestations versées en vertu

benefits received under a private insurance contract.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises a single question: can a plaintiff who has lost work as a result of injuries caused by a tortfeasor recover from the tortfeasor damages for loss of earnings, where he has been paid his full salary pursuant to his contract of employment?

The issue raises the broader question of the interrelation of the tort system with other systems of compensation. The essential question is one of basic policy: how far is it right that a person should be compensated for the same loss from more than one source?

Facts

Mr. Ratych, a police officer, was injured in a motor vehicle accident involving the police cruiser he was driving and a vehicle driven by Mr. Bloomer. Mr. Bloomer was impaired at the time. It is not disputed that the accident was caused solely by Bloomer's negligence.

As a result of his injuries, Ratych was unable to work from February 21 to June 3, 1982. While on sick leave, he continued to be paid pursuant to the terms of his collective agreement and did not lose any accumulated "sick credits".

Decisions of the Ontario Courts

Ratych commenced an action in the Supreme Court of Ontario against Bloomer seeking damages in the amount of \$7,987.38, which represented his wages during the period he was unable to work.

d'une convention collective différemment des prestations touchées en vertu d'un contrat d'assurance privé.

a Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

b Version française du jugement des juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin rendu par

c **LE JUGE MCLACHLIN**—L'unique question soulevée en l'espèce est de savoir si un demandeur qui a dû s'absenter de son travail par suite de blessures causées par l'auteur d'un délit civil peut recouvrer auprès de ce dernier des dommages-intérêts pour perte de rémunération en dépit du fait d'avoir touché son plein salaire conformément à son contrat de travail.

d Cette question en soulève une autre de portée plus générale, celle de la corrélation entre le système d'indemnisation en matière délictuelle et d'autres systèmes d'indemnisation. La question essentielle, qui en est une de politique générale fondamentale, est la suivante: dans quelle mesure est-il juste qu'une personne se fasse indemniser de la même perte de plus d'une source?

f Les faits

g Monsieur Ratych, agent de police, a été blessé dans un accident survenu entre la voiture de police qu'il conduisait et un véhicule conduit par M. Bloomer qui était alors en état d'ébriété. On ne conteste pas que l'unique cause de l'accident a été la négligence de Bloomer.

h En raison de ses blessures, Ratych n'a pu travailler du 21 février au 3 juin 1982. Durant son congé de maladie, il a continué à toucher son salaire en conformité avec sa convention collective et n'a perdu aucun de ses «crédits de congé de maladie» accumulés.

i Décisions des tribunaux ontariens

j Ratych a entamé devant la Cour suprême de l'Ontario une action visant à obtenir de Bloomer des dommages-intérêts de 7 987,38 \$, laquelle somme représentait son salaire pour la période pendant laquelle il a été incapable de travailler.

The trial judge (1987), 60 O.R. (2d) 181, allowed the action and awarded the amount sought, stating he was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4. The Divisional Court (1988), 63 O.R. (2d) 544, dismissed an appeal from the trial judgment on the same ground. The Court of Appeal refused leave without written reasons.

Arguments

The appellant submits that all payments in the nature of an indemnity for the loss should be taken into account in assessing the damages to which the plaintiff is entitled. The plaintiff should be compensated only for his actual loss, and should not recover twice for the same loss, which will be the result if such payments are not deducted. This is in accordance with the basic principles governing compensation for loss in tort as laid down by this Court, and in particular the concepts of full and functional compensation, the appellant submits. In his view, the question asked should not be whether the defendant obtains a windfall by reason of the indemnity payment from which the plaintiff benefits, but rather whether the plaintiff has established a loss for which he or she is entitled to be compensated. From the point of view of policy, the appellant submits that the collateral fact rule as applied in this case is not only unjustifiable in principle, but is wasteful in practice and should be overturned.

The appellant submits that the view taken in *Boarelli v. Flannigan* and *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363 (B.C.C.A.), to the effect that wage benefits should not be taken into account in calculating damages, is contrary to these principles and should be rejected. The preferred view, he submits, is that taken by the New Brunswick Court of Appeal in *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700 (C.A.), where collateral benefits were taken into account. This is the view, he points out, which has been adopted in the United Kingdom (*Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*,

Le juge de première instance (1987), 60 O.R. (2d) 181, se disant lié par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Boarelli v. Flannigan* (1973), 36 D.L.R. (3d) 4, a accueilli l'action et accordé la somme demandée. La Cour divisionnaire (1988), 63 O.R. (2d) 544, a rejeté pour le même motif l'appel interjeté contre le jugement de première instance. La Cour d'appel a refusé, sans donner de motifs écrits, d'accorder l'autorisation d'appel.

Les arguments

L'appellant fait valoir que tous les paiements de la nature d'une indemnité pour une perte devraient être pris en considération aux fins d'évaluer les dommages-intérêts auxquels le demandeur a droit. Le demandeur ne devrait être indemnisé que de la perte réellement subie et ne devrait pouvoir se faire dédommager deux fois de la même perte, ce qui se produira si ces paiements ne sont pas défalgués. Cela, prétend l'appellant, est conforme aux principes de base régissant l'indemnisation d'une perte en matière délictuelle, établis par notre Cour, et en particulier, au concept d'une compensation complète et effective. À son avis, la question ne devrait pas être de savoir si le défendeur reçoit une aubaine en raison du paiement de l'indemnité dont bénéficie le demandeur, mais bien de savoir si ce dernier a prouvé l'existence d'une perte dont il est en droit de se faire indemniser. L'appellant soutient que, du point de vue de la politique générale, non seulement la règle relative aux faits incidents telle qu'elle a été appliquée en l'espèce est injustifiable en principe, mais elle entraîne en pratique du gaspillage et devrait en conséquence être abolie.

D'après l'appellant, le point de vue adopté dans les arrêts *Boarelli v. Flannigan* et *Chan v. Butcher*, [1984] 4 W.W.R. 363 (C.A.C.-B.), selon lequel les prestations sous forme de salaire ne devraient pas entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts, va à l'encontre de ces principes et devrait être écarté. L'opinion à retenir, affirme-t-il, est celle qu'exprime la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Lavigne v. Doucet* (1976), 14 N.B.R. (2d) 700 (C.A.), où l'on a tenu compte des prestations parallèles. C'est ce point de vue, souligne-t-il, qui a été adopté

[1988] 1 All E.R. 541 (H.L.) and Australia (*Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340 (H.C.))

The respondent submits that it has long been accepted that the proceeds of private insurance policies need not be brought into account by a plaintiff seeking damages for wrongful injury. The same view should be taken of wage benefits paid during the period an injured person cannot work. To do otherwise would be to give the defendants a windfall which flows from a contract unrelated to the tort. Relying on the obiter dicta of Dubin J.A. in *Boarelli v. Flannigan*, the respondent asserts that benefits obtained pursuant to collective bargaining agreements or private contracts of employment are part of the wage package and should be regarded as having been paid for by the employee. He submits that there is no double indemnity in the case at bar because the same item of loss is not paid for twice. The damages redress the plaintiff for his inability to earn the wages, while the amounts paid under the contract compensate him for his pecuniary loss on account of such wages. Because the benefits are different in source (one from the operation of tort law and the other from a contract with a third party) there is no duplication. Finally, the respondent argues that if the law is to be changed, it is the legislature and not the courts that should do it.

The respondent submits that *Boarelli v. Flannigan* and *Chan v. Butcher* should be followed. He would confine the *Hussain* narrowly to its facts, and urges that in any event it should not be applied in Canada.

The Issues

The central issue—whether payments made by an employer during the period when a plaintiff

au Royaume-Uni (*Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.)) et en Australie (*Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340 (H.C.))

^a L'intimé prétend qu'il est admis depuis longtemps qu'un demandeur qui réclame des dommages-intérêts pour des lésions infligées d'une manière délictuelle n'a pas à faire entrer en ligne de compte le produit de polices d'assurance privées. Le même point de vue devrait être adopté en ce qui concerne les prestations sous forme de salaire versées pendant la période où une personne blessée ne peut travailler, sinon les défendeurs bénéficieraient d'une aubaine découlant d'un contrat qui n'a rien à voir avec le délit civil en question. S'appuyant sur les opinions incidentes exprimées par le juge Dubin de la Cour d'appel dans l'affaire *Boarelli v. Flannigan*, l'intimé affirme que les prestations reçues en application de conventions collectives ou de contrats de travail privés font partie de la rémunération globale et doivent à ce titre être considérées comme ayant été défrayées par l'employé. Il fait valoir qu'il n'y a pas de double indemnisation en l'espèce parce que la même perte ne se trouve pas à être compensée deux fois. Les dommages-intérêts servent à dédommager le demandeur de son incapacité de gagner son salaire, tandis que les sommes versées en exécution du contrat l'indemnisent de la perte pécuniaire représentée par le salaire non gagné. Comme la provenance des prestations est différente (résultant dans un cas de l'application du droit en matière de responsabilité civile délictuelle et, dans l'autre, d'un contrat avec une tierce personne), il n'y a pas de double emploi. Finalement, l'intimé soutient que, si la règle de droit doit être modifiée, c'est au législateur et non pas aux tribunaux qu'il appartient de le faire.

L'intimé prétend que les arrêts *Boarelli v. Flannigan* et *Chan v. Butcher* devraient être suivis. Il limiterait la portée de l'arrêt *Hussain* strictement à ses faits et affirme énergiquement qu'en tout état de cause il ne devrait pas être appliqué au Canada.

Les questions en litige

^j La question fondamentale—celle de savoir si les paiements effectués par un employeur à un deman-

could not work should be brought into account in assessing his damages for loss of earnings—gives rise to the following considerations.

A. Should Collateral Benefits be Brought into Account in Calculating Damages?

- (1) General legal principles
- (2) The Authorities on Collateral Benefits
- (3) The Insurance Argument
- (4) Economic considerations
- (5) Methods of avoiding double recovery
- (6) Conclusion

B. Application of the Rule to the Case at Bar

I will address each of these issues in turn.

Analysis

A. Should Collateral Benefits be Brought into Account in Assessing Damages?

(1) General Legal Principles

It is a fundamental principle of tort law that an injured person should be compensated for the full amount of his loss, but no more. This is implicit in the principles governing the recovery of damages for personal injury set forth by this Court in the trilogy of *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Thornton v. Prince George School Board*, [1978] 2 S.C.R. 267, and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287.

In the trilogy this Court affirmed that the purpose of awarding damages in tort is to put the injured person in the same position as he or she would have been in had the tort not been committed, in so far as money can do so. The plaintiff is to be given damages for the full measure of his loss as best that can be calculated. But he is not entitled to turn an injury into a windfall. In each case the task of the Court is to determine as nearly as possible the plaintiff's actual loss. With respect

deur pendant le temps qu'il ne pouvait pas travailler doivent entrer en ligne de compte dans l'évaluation de ses dommages-intérêts pour perte de salaire—soulève les points énumérés ci-après.

A. Les prestations parallèles devraient-elles entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts?

- (1) Principes de droit généraux
- (2) Jurisprudence et doctrine relatives aux prestations parallèles
- (3) L'argument de l'assurance
- (4) Considérations d'ordre économique
- (5) Façons d'éviter la double indemnisation
- (6) Conclusion

d. B. Application de la règle en l'espèce

J'aborderai à tour de rôle chacun de ces points.

Analyse

A. Les prestations parallèles devraient-elles entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts?

(1) Principes de droit généraux

C'est un principe fondamental en matière de responsabilité civile délictuelle qu'une personne lésée devrait être indemnisée intégralement de sa perte, mais sans plus. Voilà ce qui se dégage implicitement des principes régissant l'obtention de dommages-intérêts pour lésions corporelles énoncés par notre Cour dans la trilogie composée des arrêts *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. Prince George School Board*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

Dans cette trilogie, notre Cour affirmait que l'attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle vise à mettre la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le délit civil n'avait pas été commis, dans la mesure où l'argent permet de le faire. Le demandeur a droit à l'indemnisation intégrale de sa perte, du mieux que celle-ci peut être calculée. Il n'a toutefois pas le droit de transformer un préjudice en une aubaine. Il incombe au tribunal dans chaque cas de déterminer le plus

to non-pecuniary damages, the task is necessarily imprecise, and resort must often be had to conventional figures. But where pecuniary damages are at issue, it is the actual pecuniary loss sustained by the plaintiff which governs the amount of the award.

The functional rationale for the award of damages adopted in the trilogy of *Andrews, Thornton* and *Teno* underlines the necessity of using the plaintiff's actual loss as the basis of his or her damages. The award is justified, not because it is appropriate to punish the defendant or enrich the plaintiff, but because it will serve the purpose or function of restoring the plaintiff as nearly as possible to his pre-accident state or alternatively, where this cannot be done, providing substitutes for what he has lost.

The trilogy follows the modern trend in the law of damages away from a punitive approach which emphasizes the wrong the tortfeasor has committed. The link between the moral culpability of the tortfeasor and his obligation to pay damages to the person he injures is frequently tenuous in our technological and mechanical era. A moment's inattention is all that is required to trigger astronomical damages. The risks inherent in such activities as the use of our highways by motorists are increasingly recognized as a general social burden. In this context, the maxim that compensation must be fair to both the plaintiff and the defendant seems eminently reasonable: *Phillips v. South Western Railway Co.* (1879), 4 Q.B.D. 406 (C.A.) That fairness is best achieved by avoiding both undercompensation and overcompensation.

The trend away from a moralistic view of tort suggests that the process of assessing damages should focus not on how the tortfeasor may be appropriately punished, but rather on what the injured person requires to restore him to his pre-accident state. To focus on the alleged "benefit" to the tortfeasor resulting from bringing collateral payments into account is to misconstrue the essential goal of the tort system. The law of tort is

exactement possible la perte réelle du demandeur. En ce qui concerne les dommages non pécuniaires, l'évaluation est nécessairement imprécise et on doit souvent avoir recours à des chiffres préétablis. Mais quand il s'agit de dommages pécuniaires, c'est la perte pécuniaire réellement subie par le demandeur qui détermine la somme accordée.

La justification pratique de l'attribution de dommages-intérêts adoptée dans la trilogie *Andrews, Thornton* et *Teno* souligne la nécessité de calculer les dommages-intérêts du demandeur en fonction de sa perte réelle. L'indemnisation est justifiée non pas parce qu'il convient de punir le défendeur ou d'enrichir le demandeur, mais parce qu'elle a pour but ou pour fonction de remettre le demandeur, autant que faire se peut, dans l'état où il était avant l'accident ou encore, si cela s'avère impossible, de remplacer ce qu'il a perdu.

La trilogie, qui suit la tendance moderne du droit en matière de dommages-intérêts, s'éloigne de la méthode punitive qui met l'accent sur le mal commis par l'auteur du délit civil. Le lien entre la culpabilité morale de ce dernier et son obligation d'indemniser la personne qu'il a lésée se révèle souvent ténue à notre époque de technicisation et de mécanisation. Un moment d'inattention suffit pour causer des dommages astronomiques. De plus en plus, les risques inhérents à des activités telles que l'utilisation de nos routes par les automobilistes sont reconnus comme une charge à supporter par l'ensemble de la société. Dans ce contexte, la maxime voulant que l'indemnisation soit équitable tant pour le demandeur que pour le défendeur paraît éminemment raisonnable: *Phillips v. South Western Railway Co.* (1879), 4 Q.B.D. 406 (C.A.) La meilleure façon de réaliser cette équité c'est d'éviter à la fois les indemnités trop modestes et les indemnités trop élevées.

La tendance à l'abandon du moralisme dans le domaine délictuel laisse supposer que le processus d'évaluation des dommages-intérêts devrait mettre l'accent non pas sur la punition qu'il convient d'infliger à l'auteur du délit civil, mais plutôt sur ce dont la personne lésée a besoin pour la remettre dans son état antérieur à l'accident. C'est mal interpréter l'objet fondamental du système d'indemnisation en matière délictuelle que d'insister

intended to restore the injured person to the position he enjoyed prior to the injury, rather than to punish the tortfeasor whose only wrong may have been a moment of inadvertence.

I conclude that the general principles underlying our system of tort law suggest that the damages awarded to the plaintiff should be confined to his or her actual loss, as closely as that can be calculated. The damages should be in an amount which will restore the plaintiff to his pre-accident position. Where pecuniary losses, such as loss of earnings, are at stake, the measure of damages is normally the plaintiff's actual financial loss. Unless the plaintiff can demonstrate such loss, he or she is not entitled to recover. This is because an essential element of tortious liability is lacking in the absence of loss. As Lord Diplock stated in *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, at pp. 1094-95: "A person who acts without reasonable care does no wrong in law; he commits no tort. He only does wrong, he only commits a tort, if his lack of care causes damage to the plaintiff."

(2) The Authorities

The United Kingdom

The award of damages in England has long rested on the compensatory principle that a plaintiff can recover only what he or she has actually lost and that there should not be double recovery. Certain cases, however, have introduced exceptions to this general principle.

In *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), it was held that damages for personal injury should not be reduced by amounts payable to the plaintiff by a private insurer. For some time this was treated as a case of

sur «l'avantage» qu'en tirerait l'auteur d'un délit civil si on faisait entrer en ligne de compte les paiements parallèles. Le droit en matière de responsabilité civile délictuelle vise à remettre la personne lésée dans la situation où elle se trouvait avant de subir le préjudice, plutôt qu'à punir l'auteur du délit civil, dont l'unique tort a pu être un moment d'inattention.

b Je conclus que, d'après ce qui ressort des principes généraux sous-jacents à notre régime de droit en matière de responsabilité civile délictuelle, les dommages-intérêts accordés au demandeur devraient correspondre aussi exactement que possible à la perte qu'il a réellement subie. Le montant des dommages-intérêts devrait remettre le demandeur dans la position où il se trouvait avant l'accident. Lorsqu'il s'agit d'un préjudice pécuniaire comme la perte de salaire, le montant des dommages-intérêts équivaut normalement à la perte financière réelle du demandeur. À moins que celui-ci ne puisse démontrer l'existence d'une telle perte, il n'a droit à aucune indemnisation. La raison à cela est que, s'il n'y a aucune perte, il manque un élément essentiel de la responsabilité délictuelle. Ainsi que l'affirme lord Diplock dans l'arrêt *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, aux pp. 1094 et 1095: [TRADUCTION] «Quiconque agit sans prudence raisonnable ne commet pas d'acte blâmable du point de vue juridique; il ne commet pas de délit civil. Son acte n'est blâmable et ne constitue un délit civil que si son imprudence cause un préjudice au demandeur.»

(2) Jurisprudence et doctrine

Le Royaume-Uni

Voilà longtemps que l'attribution de dommages-intérêts en Angleterre repose sur le principe d'indemnisation portant qu'un demandeur ne peut recouvrer que ce qu'il a réellement perdu et qu'il ne devrait pas y avoir d'indemnisation double. Certaines décisions ont néanmoins apporté des exceptions à ce principe général.

Dans la décision *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), on a statué que les sommes payables au demandeur par un assureur privé ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour lésions corporelles. Pen-

general application and used to support the non-deductibility of all types of benefits. The reasoning used in these early cases to support non-deductibility was primarily causal—the accident was not the *causa causans* but merely the *causa sine qua non*, it was reasoned, and hence the benefits were too remote to be brought into account. A further justification sometimes raised was that the wrongdoer should not benefit from the generosity of a third party or the plaintiff's foresight.

A different stance was taken in *Browning v. War Office*, *supra*. Browning, while serving in the U.S. Air Force in England, was severely injured in a motor vehicle accident. Because of his injuries he was discharged from the air force and became entitled to a "veteran's benefit" of approximately one-half of his pay. The Court of Appeal, Donovan L.J. dissenting, held that the amount of the veteran's benefit should be deducted from the damage award. Lord Denning M.R. stated, at p. 1091:

The general principle undoubtedly is that the plaintiff should be compensated, so far as money can do it, for the pecuniary loss or loss of earnings . . . which he has suffered or will suffer by reason of the injury. He should recover for his loss, but for no more than his loss. If he can earn money elsewhere, he should do so. The award of damages is made to compensate him, not to punish the wrongdoer . . .

In *dicta*, Lord Denning made the following statement about wage, at p. 1091:

Take wages, for instance, that his employer pays him during his incapacity, being under an obligation to do so. The typical case is the policeman, who is entitled to his full wages whilst disabled. He gets them from his employer, and he cannot claim the self-same wages again from the wrongdoer. He cannot be allowed to get them twice over. He must give credit for the wages that he has received and is entitled to receive.

The House of Lords, while maintaining the view that wages must be brought into account, took a

dant quelque temps, cette décision a été considérée comme étant d'application générale et a été invoquée à l'appui de la non-déductibilité de tous les genres de prestations. C'est surtout sur un raisonnement causal qu'a été fondée la non-déductibilité dans ces premières décisions—l'accident, se disait-on, n'était pas la *causa causans* mais simplement la *causa sine qua non*, de sorte que les prestations présentaient avec lui un lien de connexité insuffisant pour entrer en ligne de compte. Autre justification parfois avancée: l'auteur du délit ne devrait bénéficier ni de la générosité d'un tiers ni de la prévoyance du demandeur.

Une position différente a été adoptée dans l'affaire *Browning v. War Office*, précitée, où Browning, alors qu'il servait dans l'armée de l'air américaine en Angleterre, a été blessé grièvement dans un accident d'automobile. Réformé en raison de ses blessures, il devenait admissible à des [TRADUCTION] «allocations d'ancien combattant» équivalant à environ la moitié de sa solde. La Cour d'appel, le lord juge Donovan étant dissident, a décidé que le montant de ces allocations devait être défalqué des dommages-intérêts accordés. Le maître des rôles lord Denning dit, à la p. 1091:

[TRADUCTION] Le principe général est sans aucun doute celui selon lequel le demandeur devrait, pour autant que cela puisse se faire en argent, être indemnisé de la perte pécuniaire ou de la perte de salaire [. . .] qu'il a subie ou qu'il subira par suite du préjudice. Il devrait recouvrer ce qu'il a perdu, mais rien de plus. S'il est en mesure de gagner un revenu ailleurs, il devrait le faire. L'attribution de dommages-intérêts vise à dédommager le demandeur et non pas à punir l'auteur du délit . . .

Dans un commentaire incident, lord Denning affirme concernant le salaire, à la p. 1091:

[TRADUCTION] Prenons à titre d'exemple le salaire que lui verse son employeur pendant son invalidité en exécution d'une obligation qui lui incombe. Le cas typique est celui du policier, qui a droit à son plein salaire pendant la durée de son invalidité. Il reçoit ce salaire de son employeur et ne peut réclamer à l'auteur du délit le paiement du même salaire. On ne saurait lui permettre de toucher ce salaire deux fois. Il doit faire entrer en ligne de compte le salaire qu'il a déjà reçu et celui auquel il a droit.

La Chambre des lords, tout en maintenant le point de vue selon lequel le salaire doit entrer en

different view of pensions in *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), holding by a bare majority that a policeman's pension should not be deducted from his damages for loss of earnings. *Bradburn's* case was approved, although the causal reasoning which had often been used to justify it was discredited. Instead, Lord Reid introduced what has come to be known as the "source of benefit" theory of collateral benefits. Certain benefits, such as gifts and the proceeds of insurance, are not deducted because of their source. In the case of insurance, Lord Reid emphasized that the plaintiff had "paid for" it, and should not be deprived of the benefit for which he had paid. The same sort of argument was used to justify deduction of only a part of the value of social security benefits from tort damages.

Lord Reid contrasted non-deductible benefits such as insurance and social security benefits with other benefits such as sick pay, which in his view would be deductible. At page 560 he stated:

Then it is said that instead of getting a pension he may get sick pay for a time during his disablement—perhaps his whole wage. That would not be deductible, so why should a pension be different? But a man's wage for a particular week is not related to the amount of work which he does during that week. Wages for the period of a man's holiday do not differ in kind from wages paid to him during the rest of the year. And neither does sick pay; it is still wages. So during the period when he receives sick pay he has lost nothing. We never reach the second question of how to treat sums of a different kind which he would never have received but for his accident. [Emphasis added.]

Lord Reid went on to distinguish wage benefits from pension benefit, at p. 560:

ligne de compte, en a décidé autrement des pensions dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), où elle a jugé à une faible majorité que la pension d'un agent de police ne devrait pas être déduite du montant de ses dommages-intérêts pour perte de salaire. La décision *Bradburn* a été approuvée, bien que le raisonnement causal auquel on avait souvent eu recours pour la justifier ait été discrédité. En effet, lord Reid a énoncé ce qu'on en est venu à appeler la théorie de la [TRADUCTION] «source des prestations» en matière de prestations parallèles. Certaines prestations, telles que les dons et le produit de polices d'assurance, ne sont pas déduites en raison de leur provenance. Dans le cas de l'assurance, lord Reid a souligné que le demandeur l'avait [TRADUCTION] «payée» et ne devrait pas se voir privé du bénéfice de ce qu'il a payé. Le même genre d'argument a été invoqué pour justifier qu'une partie seulement de la valeur de prestations de sécurité sociale soit déduite du montant des dommages-intérêts résultant d'un délit civil.

Lord Reid a fait une distinction entre les prestations non déductibles, telles que les indemnités d'assurance et les prestations de sécurité sociale, et d'autres prestations, telles que les indemnités de maladie qui, selon lui, seraient déductibles. À la page 560, il dit:

[TRADUCTION] On prétend ensuite qu'au lieu de toucher une pension, il peut bénéficier pendant une partie de la durée de son invalidité d'une indemnité de maladie—équivalant peut-être à son plein salaire. Cette somme ne serait pas déductible, alors pourquoi en serait-il autrement d'une pension? Mais le salaire d'un homme pour une semaine en particulier n'a aucun rapport avec la quantité de travail qu'il accomplit au cours de la semaine en question. Le salaire relatif aux vacances n'est pas différent de celui payé pendant le reste de l'année. Ainsi en est-il également du salaire touché pendant le congé de maladie; il ne s'agit pas moins d'un salaire. Par conséquent, pendant le temps qu'il est en congé de maladie payé, il ne perd rien. La seconde question, celle de savoir ce qu'il faut faire à l'égard de sommes d'un genre différent qu'il n'aurait jamais reçues n'eût été son accident, ne se pose donc pas. [Je souligne.]

Lord Reid a poursuivi en faisant la distinction entre les prestations sous forme de salaire et les prestations de pension, à la p. 560:

A pension is intrinsically of a different kind from wages [T]he true situation is that wages are a reward for contemporaneous work but that a pension is the fruit, through insurance, of all the money which was set aside in the past in respect of his past work.

The same view of the deductibility of sick pay benefits was taken by the House of Lords in *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, *supra*. The plaintiff had been injured at work. His contract with his employer called for the payment of sick benefits while he was unable to work. His employer, who was also the defendant, paid his full salary for 15 months. The House had little difficulty in concluding that the salary paid must be brought into account. After citing Lord Reid's view in *Parry v. Cleaver* that sick pay is deductible, Bridge L.J. noted, at p. 547:

In this jurisdiction there is no authority directly in point, perhaps because it has always been assumed as axiomatic that an employee who receives under the terms of his contract of employment either the whole or part of his salary or wages during a period when he is incapacitated for work cannot claim damages for a loss which he has not sustained

Lord Bridge expressly disapproved of the contrary approach which had been taken by the British Columbia Court of Appeal in *Chan v. Butcher*, *supra*.

The jurisprudence in England on the question before this Court may be summarized as follows. While some benefits, like private insurance, remain non-deductible, wages or sick benefits paid during the period the plaintiff is unable to work have always been required to be brought into account in calculating the plaintiff's damages. This was affirmed by Lord Reid in *obiter dicta* in *Parry v. Cleaver* and applied by the House of Lords in *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*

[TRANSDUCTION] De par sa nature une pension est différente d'un salaire [. . .] [E]n réalité, le salaire est la rétribution immédiate d'un travail tandis qu'une pension représente le fruit, produit par l'assurance, de la totalité des fonds mis de côté dans le passé relativement à son travail.

La même attitude à l'égard de la déductibilité d'indemnités de maladie a été adoptée par la Chambre des lords dans l'affaire *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, précitée. Là, le demandeur avait été blessé au travail. Son contrat avec son employeur prévoyait le paiement d'une indemnité de maladie pendant le temps qu'il était incapable de travailler. L'employeur, qui était également le défendeur, lui a donc versé son plein salaire pendant 15 mois. La Chambre des lords est arrivée sans beaucoup de difficulté à la conclusion que le salaire ainsi payé doit entrer en ligne de compte. Ayant cité l'opinion, exprimée par lord Reid dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, que les indemnités de maladie sont déductibles, le lord juge Bridge fait remarquer, à la p. 547:

[TRANSDUCTION] Chez nous, il n'y a pas de décision qui traite directement de ce point, peut-être parce qu'on a toujours tenu pour acquis qu'un employé qui touche en vertu de son contrat de travail la totalité ou une partie de son salaire pendant une période où il est incapable de travailler ne saurait réclamer des dommages-intérêts pour une perte qu'il n'a pas subie

Lord Bridge a catégoriquement désapprouvé la position contraire adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Chan v. Butcher*, précité.

La jurisprudence anglaise portant sur la question dont nous sommes saisis en l'espèce peut se résumer ainsi: si certaines prestations, comme celles provenant d'assurances privées, demeurent non déductibles, le salaire ou les indemnités de maladie versés au demandeur pendant le temps qu'il était incapable de travailler ont toujours dû entrer en ligne de compte dans le calcul de ses dommages-intérêts. Cela a été confirmé par lord Reid dans une opinion incidente exprimée dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, et appliqué par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*

Australia

Australian courts have adopted the same approach to the deductibility of wage payments as has been adopted in England. In *Graham v. Baker*,^a *supra*, the High Court held that in assessing personal injury damages, payments made to the plaintiff by his employer during the period of sick leave, to which the plaintiff was entitled under an industrial agreement, should be taken into account in assessing his damages.^b

The United States

In 1854 the Supreme Court of the United States announced the “collateral source rule”, which requires that the defendant bear the full cost of the injury he caused the plaintiff, regardless of any compensation the plaintiff receives from an independent or “collateral” source. This rule extended to wage benefits. The rule has in recent years come under much criticism. Typical are the conclusions contained in two 1986 reports: *Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability*, commissioned by the Government of the United States, and *Insuring our Future: Report of the Governor’s Advisory Commission on Liability Insurance* (April 1986), a report commissioned by the Governor of the State of New York on the insurance availability crisis. Both reports recommended abolition of the collateral benefits rule, finding that it overcompensated plaintiffs and imposed unnecessary costs on society. The matter has effectively been taken out of the hands of the courts in most states, where legislation provides for the deduction of an array of different benefits. In 1987, only 45 states applied the rule, and of those, only 17 applied it without exception: Goldsmith, “A Survey of the Collateral Source Rule: The Effects of Tort Reform and Impact on Multistate Litigation” (1988), 53 *J. Air L. & Com.* 799.

L’Australie

Les tribunaux australiens ont adopté à l’égard de la déductibilité de paiements de salaire une position identique à la position anglaise. Dans la décision *Graham v. Baker*, précitée, la Haute Cour a conclu qu’en évaluant les dommages-intérêts pour lésions corporelles, on devrait tenir compte des paiements que le demandeur a reçus de son employeur pendant la période de congé de maladie et auxquels il avait droit aux termes d’une convention collective.

Les États-Unis

En 1854, la Cour suprême des États-Unis a promulgué la [TRADUCTION] «règle de la source parallèle» qui impose au défendeur l’obligation de supporter intégralement le coût du préjudice qu’il a causé au demandeur, indépendamment de toute indemnité que ce dernier reçoit d’une source indépendante ou «parallèle». Cette règle, qui s’applique également aux prestations sous forme de salaire, a été grandement critiquée au cours des dernières années. Les conclusions contenues dans deux rapports datant de 1986 constituent des exemples typiques: *Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability*, commandé par le gouvernement des États-Unis, et *Insuring our Future: Report of the Governor’s Advisory Commission on Liability Insurance* (avril 1986), un rapport sur la crise de l’offre dans le domaine de l’assurance préparé à la demande du gouverneur de l’État de New York. L’un et l’autre rapport recommande l’abolition de la règle des prestations parallèles pour le motif qu’elle permet aux demandeurs d’obtenir des indemnités excessives et impose à la société des coûts inutiles. Dans la plupart des États, cette question a en fait été soustraite à la compétence des tribunaux par des dispositions législatives prévoyant la déduction de tout un éventail de prestations. En 1987, la règle n’était appliquée que dans 45 États et de ceux-là, seulement 17, l’appliquaient sans exception: Goldsmith, «A Survey of the Collateral Source Rule: The Effects of Tort Reform and Impact on Multistate Litigation» (1988), 53 *J. Air L. & Com.* 799.

Canada

Many early Canadian cases, under the influence of *Bradburn*, took a general non-deductibility approach to all types of collateral benefits. This approach led to a denial of the deductibility of sick leave benefits in *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (Sask. C.A.) Nevertheless, it would be gross overstatement to say the question was regarded as settled.

As a consequence of *Browning's* case, Canadian courts shifted to deductibility. They deducted from damages salary continuation payments, both *ex gratia* (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (Ont. H.C.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (N.S.S.C.)) and contractual (*Dell v. Vermette* on appeal (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (Ont. C.A.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.S.T.D.)) Sickness and accident insurance benefits from employers were deducted, (*Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (Co. Ct.); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (Ont. H.C.)), as was sick pay (*Dell v. Vermette, supra*; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (B.C.S.C.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Again, the practice cannot be described as universal, some judges still refusing to deduct benefits.

In *Boarelli v. Flannigan, supra*, the Ontario Court of Appeal pronounced on the deductibility of collateral benefits. The issue was the deductibility of welfare payments. However, the Court took it upon itself to pronounce on a wide variety of other benefits. The Court's earlier pronouncement in *Menhennet v. Schoenholz*, where sick pay had been held to be deductible, was considered afresh and disapproved. *Boarelli* adopted a broad non-deductibility approach. Neither welfare payments, moneys from private or public benevolence, unemployment insurance benefits, private insurance moneys, employment insurance benefits pursuant

Le Canada

Au début, un bon nombre de décisions canadiennes, influencées par la décision *Bradburn*, concluaient généralement à la non-déductibilité de tous les genres de prestations parallèles. C'est ainsi que des indemnités de maladie ont été jugées non déductibles dans l'arrêt *Tubb v. Lief*, [1932] 3 W.W.R. 245 (C.A. Sask.) Dire cependant que la question était considérée comme réglée serait grandement exagéré.

Par suite de l'arrêt *Browning*, les tribunaux canadiens ont changé d'avis en faveur de la déductibilité. En effet, ils ont déduit des dommages-intérêts les paiements de maintien de salaire, tant ceux effectués à titre gracieux (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (H.C. Ont.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (C.S.N.-É.)), que ceux faits en exécution d'un contrat (*Dell v. Vermette*, en appel (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (C.A. Ont.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.-É.D.P.I.)) Les prestations d'assurance-maladie et d'assurance contre les accidents versées par des employeurs ont été déduites (*Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (C. cté); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (H.C. Ont.)), de même que les indemnités de maladie (*Dell v. Vermette*, précité; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (C.S.C.-B.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Là encore, cette pratique ne saurait être qualifiée d'universelle, car certains juges refusent toujours la déduction des prestations.

Dans l'arrêt *Boarelli v. Flannigan*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée sur la déductibilité des prestations parallèles. La question en litige était celle de la déductibilité d'allocations de bien-être social. La cour a toutefois pris sur elle de statuer sur un grand nombre d'autres types de prestations. Elle a réexaminé et désapprouvé son arrêt antérieur *Menhennet v. Schoenholz*, dans lequel une indemnité de maladie avait été jugée déductible. L'arrêt *Boarelli* a adopté un principe général de non-déductibilité. Ni les allocations de bien-être social, ni les fonds provenant de dons de charité privés ou publics, ni les prestations d'assu-

to collective bargaining agreements or private contracts of employment, *ex gratis* payments nor pensions should be deducted from a plaintiff's damages. While citing *Parry v. Cleaver* with approval, *Boarelli* in fact went much further in holding that wages received during the period of disability need not be brought into account, contrary to Lord Reid's view of the matter in *Parry*.

Another 1973 decision may be noted, although it did not deal with the question of the deductibility of wage benefits. In *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, this Court, in dealing with a fatal accidents problem expressly approved the principles set out in *Parry* and held that Canada Pension Plan payments should not be deducted from the plaintiff's damages.

In 1979, this Court in *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, again affirmed the principles enunciated in *Parry* and held that payments from an employer's private pension plan should not be deducted.

It can be argued that in affirming the principles adopted in *Parry v. Cleaver*, in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* and in *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, this Court approved Lord Reid's view that wage benefits should be deducted from the plaintiff's claim for loss of earnings.

Two other Canadian cases, both touching directly on the issue of the deductibility of wage benefits, must be mentioned. In *Lavigne v. Doucet*, *supra*, the New Brunswick Court of Appeal held that a police officer who had received full salary from his employer during his period of disability could not recover damages for lost earnings. How-

rance-chômage, ni les fonds provenant d'assurances privées, ni les prestations d'assurance de travail versées conformément à des conventions collectives ou à des contrats de travail privés, ni les paiements à titre gracieux, ni les pensions ne devraient être déduits des dommages-intérêts accordés au demandeur. Bien que l'arrêt *Parry v. Cleaver* y soit cité et approuvé, l'arrêt *Boarelli* va en fait beaucoup plus loin en disant qu'il n'est pas nécessaire de faire entrer en ligne de compte le salaire touché pendant la période d'invalidité, contrairement à l'opinion exprimée par lord Reid sur cette question dans l'arrêt *Parry*.

On peut mentionner un autre arrêt de 1973, quoiqu'il ne porte pas sur la question de la déductibilité de prestations sous forme de salaire. Il s'agit de l'arrêt *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, dans lequel notre Cour, étant saisie d'un litige résultant d'un accident mortel, a expressément donné son aval aux principes énoncés dans l'arrêt *Parry* et a statué que des allocations versées en vertu du Régime de pensions du Canada ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts du demandeur.

En 1979, notre Cour, dans l'arrêt *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, a confirmé de nouveau les principes établis dans l'arrêt *Parry* et a déclaré non déductibles les paiements provenant du régime de retraite privé d'un employeur.

On pourrait prétendre qu'en confirmant dans les arrêts *Canadian Pacific Ltée c. Gill* et *Guy c. Trizec Equities Ltd.* les principes adoptés dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, notre Cour a approuvé le point de vue de lord Reid selon lequel les prestations sous forme de salaire devraient être déduites de la somme réclamée par le demandeur pour perte de salaire.

Il faut mentionner deux autres arrêts canadiens. Tous les deux touchent directement la question de la déductibilité de prestations sous forme de salaire. Dans l'arrêt *Lavigne v. Doucet*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé qu'un agent de police qui avait reçu de son employeur son plein salaire pendant la période de son invalidité ne pouvait obtenir des dommages-intérêts pour perte de salaire. La cour lui a néan-

ever, the Court did allow compensation for loss of accumulated sick leave benefits.

In *Chan v. Butcher, supra*, the British Columbia Court of Appeal took the opposite view, holding that a bank employee could claim loss of earnings from the defendant even though she had been paid her entire salary during her convalescence pursuant to bank policy. The Court of Appeal held that the benefits were intended to insure the employee against the risk of unemployment and not to confer advantage on the tortfeasor.

The situation in Canada on the deductibility of wage benefits may be summarized as follows. At the provincial level the Courts of Appeal are divided, Ontario and British Columbia favouring non-deductibility, New Brunswick deductibility. The Supreme Court of Canada has not pronounced on the question, although in twice expressing approval for the principles set out in *Parry v. Cleaver*, it may be taken to have tacitly approved Lord Reid's view that wage benefits paid to a plaintiff during his absence from work should be deducted from his or her claim for lost earnings.

(3) The Argument by Analogy to Insurance

The House of Lords in *Parry v. Cleaver* held that benefits in the nature of proceeds of insurance should not be deducted from a plaintiff's damages, on the principle that the plaintiff has paid for these benefits and should not be deprived of the consideration for which he has contracted. This Court has approved the principles enunciated in *Parry v. Cleaver*. The plaintiff argues that the contract by which his employer paid his loss of earnings during his period of disability was the equivalent of an insurance policy to which he had contributed, and therefore should not be brought into account.

moins accordé une indemnité pour la perte des crédits de congé de maladie qu'il avait accumulés.

Dans l'arrêt *Chan v. Butcher*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté le point de vue contraire et a statué qu'une employée de banque pouvait réclamer au défendeur le salaire perdu, en dépit du fait que, conformément à la politique de la banque, son plein salaire lui avait été versé pendant sa convalescence. D'après la Cour d'appel, ces paiements étaient destinés à assurer l'employée contre le risque de chômage et non pas à conférer un avantage à l'auteur du délit civil.

La situation au Canada en ce qui concerne la déductibilité de prestations sous forme de salaire peut se résumer ainsi: au niveau des cours d'appel provinciales il y a divergence d'opinions, celles de l'Ontario et de la Colombie-Britannique s'étant prononcées en faveur de la non-déductibilité, celle du Nouveau-Brunswick en faveur de la déductibilité. La Cour suprême du Canada n'a pas statué sur la question, mais, comme elle a exprimé à deux reprises son approbation des principes énoncés dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, on peut considérer qu'elle a tacitement approuvé le point de vue de lord Reid selon lequel les prestations sous forme de salaire payées à un demandeur pendant son absence du travail devraient être déduites de la somme qu'il réclame pour perte de salaire.

(3) L'argument de l'analogie avec l'assurance

La Chambre des lords a dit dans l'arrêt *Parry v. Cleaver* que les prestations de la nature du produit d'une police d'assurance ne sont pas déductibles des dommages-intérêts accordés à un demandeur, et ce, en vertu du principe suivant lequel le demandeur a défrayé ces prestations et ne devrait pas se voir privé de la contrepartie prévue dans son contrat. Les principes posés dans l'arrêt *Parry v. Cleaver* ont reçu l'approbation de notre Cour. Le demandeur fait valoir que le contrat en exécution duquel son employeur lui a versé son salaire pendant la durée de son invalidité équivalait à une police d'assurance dont il avait acquitté les primes et ne devrait pas en conséquence entrer en ligne de compte.

One response to this submission is that given by Lord Reid in *Parry v. Cleaver*—the wages paid to a person while he is off work do not differ in kind from the wages paid while he is working, with the result that we never reach the question of how we treat sums he would never have received but for the accident.

But it is argued that this is unconvincing. It must be assumed, it is submitted, that if an employee receives wages when he is not working, he has given up a *quid pro quo* for that benefit. In some cases, the *quid pro quo* is explicit, as where the contract of employment provides a certain number of sick days which the employee uses up as a consequence of the accident. In other cases, the exchange is less obvious, but, it is submitted, equally real.

I accept that if an employee can establish that he or she has suffered a loss in exchange for obtaining wages during the time he or she could not work, the employee should be compensated for that loss. Thus in *Lavigne v. Doucet* the New Brunswick Court of Appeal quite rightly allowed damages for loss of accumulated sick benefits. I also accept that if an employee can establish that he or she directly paid for a policy in the nature of insurance against unemployment, equivalent to a private insurance, he or she may be able to recover the benefits of that policy, although I would leave resolution of this question for another case.

The difficulty in this case is that neither a loss nor a contribution equivalent to payment of an insurance policy is established in this case. The question thus is essentially this—must the plaintiff demonstrate a loss or contribution in order to recover, or is the court permitted to assume that because he was paid his earnings throughout his absence from work, he has in fact paid a *quid pro quo* and consequently suffered an equivalent loss?

Une réponse que l'on pourrait donner à ce moyen est celle formulée par lord Reid dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*, savoir que, de par sa nature, le salaire payé à une personne pendant qu'elle est absente de son travail ne diffère pas de celui qu'elle reçoit quand elle travaille, si bien que la question de ce que nous devons faire à l'égard de sommes qu'elle n'aurait jamais reçues n'eût été l'accident ne se pose pas.

Toutefois, on prétend que cet argument n'est pas convaincant. Il faut supposer, soutient-on, que si un employé touche un salaire quand il ne travaille pas, il a cédé quelque chose en contrepartie. Dans certains cas, la contrepartie est explicite, par exemple lorsque le contrat de travail prévoit un certain nombre de jours de congé de maladie que l'employé épuise par suite de l'accident. Dans d'autres cas, elle est moins évidente, mais, affirme-t-on, tout aussi réelle.

Je conviens que, si un employé peut prouver qu'il a subi une perte en échange du salaire reçu pendant la durée de son incapacité de travailler, il devrait être dédommagé de cette perte. C'est donc à très juste titre que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans l'affaire *Lavigne v. Doucet*, a accordé des dommages-intérêts pour la perte de crédits de congé de maladie accumulés. Je reconnais en outre que, si un employé peut établir qu'il a payé directement une police d'assurance contre le chômage équivalant à une assurance privée, il se peut qu'il puisse récupérer les prestations versées en vertu de cette police, quoique je sois d'avis d'attendre un autre litige pour régler cette question.

La difficulté qui surgit en l'espèce est qu'on n'a établi ni une perte ni le paiement de cotisations équivalant aux primes d'une police d'assurance. La question est donc essentiellement de savoir si le demandeur doit démontrer qu'il a subi une perte ou payé des cotisations, sans quoi il ne se fera pas indemniser, ou s'il est permis à la cour de présumer que parce qu'il a touché son salaire pendant toute la durée de son absence du travail, il a effectivement payé une contrepartie et a donc subi une perte équivalente.

In my view, it is inconsistent with the principles governing the recovery of damages in tort that the court should assume that because a benefit has been conferred by a third party, the plaintiff has suffered an equivalent loss. I know of no principle which could support such an assumption. The rule remains as it has always been—a plaintiff is obliged to prove his or her loss.

The situation might be otherwise if the only inference which could be drawn from the payment of wages during the period in which the plaintiff is unable to work is that the plaintiff has given up a benefit in exchange for the wage benefit received. But this is manifestly not the case. A plaintiff may obtain the wage benefit even though he or she has only been on the job a few days and hence had contributed little or nothing to the hypothetical “pool” from which the benefits are drawn. Moreover, the provision of the benefit may have little or no relation to the employee’s contribution. It may be the result of legislation. It may stem from some consideration given by the union unrelated to the plaintiff’s contribution, such as settlement of past claims of other persons. It may be the result of increased profits due to windfall or the employer’s sheer generosity. In short, one cannot infer simply from the fact that an employee receives a wage benefit that the employee has suffered loss or that the employee has contributed the equivalent of an insurance premium in exchange for the benefit.

This situation may be distinguished from the case where the employee can demonstrate a loss or a contribution equivalent to payment of an insurance premium or where the payment is gratuitous. In such cases, recovery of damages for loss of earnings might be entirely appropriate. Those questions, as I have observed, are not before us.

The foregoing comments rest primarily on evidentiary considerations. Approaching the problem from a substantive point of view, it may be that there is a valid distinction between cases where a

À mon avis, il est incompatible avec les principes régissant l’attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle que la cour présume que parce qu’un avantage a été conféré par une tierce personne, le demandeur a subi une perte équivalente. Je ne connais aucun principe qui puisse justifier une telle hypothèse. La règle demeure inchangée—le demandeur est tenu de prouver l’existence de sa perte.

Or, il pourrait en être autrement si l’unique conclusion pouvant être tirée du paiement du salaire pendant la période d’incapacité de travailler du demandeur était qu’il a renoncé à un avantage en échange des prestations sous forme de salaire reçues. Mais, de toute évidence, tel n’est pas le cas, car un demandeur peut toucher les prestations sous forme de salaire même s’il occupe son poste depuis quelques jours seulement et que son apport au «fonds» hypothétique d’où proviennent les prestations soit en conséquence minimale, voire nul. De plus, l’avantage conféré peut avoir peu ou point de rapport avec l’apport de l’employé. Il peut découler d’un texte législatif. Il peut résulter d’une contrepartie, qui n’a rien à voir avec l’apport du demandeur, que donne le syndicat, comme, par exemple, le règlement de réclamations antérieures d’autres personnes. Il peut être attribuable à une augmentation inattendue des bénéfices ou simplement à la générosité de l’employeur. Bref, on ne peut inférer du seul fait qu’un employé reçoit des prestations sous forme de salaire qu’il a subi une perte ou qu’il a payé l’équivalent d’une prime d’assurance en échange de ces prestations.

Une distinction peut être faite entre cette situation et celle où l’employé est en mesure de prouver qu’il a subi une perte ou qu’il a payé des cotisations équivalant au paiement d’une prime d’assurance, ou celle où il s’agit d’un paiement à titre gracieux. Dans de tels cas, l’attribution de dommages-intérêts pour perte de salaire peut être tout à fait indiquée. Ce sont toutefois là des questions dont, je le répète, nous ne sommes pas présentement saisis.

Les observations qui précèdent reposent avant tout sur des considérations en matière de preuve. Si on aborde le problème du point de vue du fond, il se peut qu’il y ait une distinction valide entre le

person has prudently obtained and paid for personal insurance and cases where the benefits flow from the employer/employee relationship. The law has long recognized that in the first situation an exception should be made to the usual rule against double recovery. The existence of such an exception does not mean it should be extended to situations where personal prudence and deprivation are not demonstrated. In the latter case there is little to be weighed in the balance against the general policy of the law against double compensation.

(4) Economic Considerations

It has been asserted that “[t]here is no question but that appropriate solution to the collateral benefits problem must have reference to the function of loss distribution in providing personal injury compensation”: Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), at p. 479.

The tortfeasor seldom bears the burden of an award of damages against him. Through the mechanism of insurance his loss is spread throughout a wide section of the community. If a motorist causes an accident, co-insured motorists contribute to the damages paid. If a doctor or lawyer causes a client loss by his or her negligence, other doctors or lawyers typically contribute to make it good. As claims mount, so do premiums. Often these increased costs are passed on to the public.

Other “loss pools” contribute to collateral benefits. Insurance, whether held by the plaintiff or his employer, may provide disability benefits. Employers and employees may contribute, directly or indirectly, to wage benefits. The taxpayer may pay through the social security system and publicly funded hospital and medical benefits.

cas où une personne a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle et celui où les prestations versées découlent de la relation employeur-employé. Le droit reconnaît depuis ^a longtemps que, dans le premier cas, une exception devrait être faite à la règle habituelle qui interdit la double indemnisation. L’existence d’une telle exception ne signifie pas qu’on devrait l’appliquer aux cas où il n’a pas été démontré qu’une personne ^b a fait preuve de prudence et qu’elle a subi une perte. Dans le dernier cas, il y a peu de chose qui puisse permettre de faire exception à la politique générale de la règle interdisant la double indemnisation. ^c

(4) Considérations d’ordre économique

On a affirmé que [TRADUCTION] «[i]l ne fait aucun doute que toute solution valable au problème des prestations parallèles doit tenir compte de la fonction de répartition des pertes dans l’indemnisation de lésions corporelles»: Cooper-Stephenson et Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), à la p. 479. ^d

C’est rarement l’auteur d’un délit civil qui assume le fardeau des dommages-intérêts auxquels il est condamné. Par le biais de l’assurance, sa perte est répartie sur un large secteur de la collectivité. Si un automobiliste cause un accident, les automobilistes coassurés contribuent au paiement des dommages-intérêts. Si un médecin ou un avocat fait subir par négligence une perte à un patient ou à un client, d’autres médecins ou avocats participent normalement au dédommagement. À mesure que les réclamations augmentent, les primes montent également. Souvent ces majorations sont reportées sur le public. ^e

Des prestations parallèles proviennent aussi d’autres «fonds d’indemnisation». Une assurance, contractée soit par le demandeur, soit par son employeur, peut fournir des prestations d’invalidité. Employeurs et employés peuvent contribuer, directement ou indirectement, au paiement de prestations sous forme de salaire. Il se peut en outre que ce soient les contribuables qui paient par leur apport au système de sécurité sociale et aux prestations d’hospitalisation et d’assurance-maladie financées à même les fonds publics. ^f ^g ^h ⁱ ^j

Those who have considered the question of loss distribution in the context of collateral damages generally agree that economic considerations favour deductibility, although the results may vary somewhat with the nature of the benefit. Thus Cooper-Stephenson and Saunders write at p. 481:

Perception of the collateral benefits problem as one primarily of alternative remedies, and acceptance of the validity of large-scale no-fault social insurance schemes to cushion misfortune, leads one to question the correctness of imposing too great a burden on tortfeasors, risk-creating enterprises, and their loss spreading mechanisms.

The *Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (1978), Cmnd. 7054, I-III, in England recommended that all statutory benefits be brought into account in assessing damages against a tortfeasor, on the principle that it is cheaper and better to have the state as a whole bear this loss than to shift it to the tortfeasor and liability insurers. Cooper-Stephenson and Saunders arrive at the same conclusion (pp. 481-82). Many of the arguments they cite apply to contractually provided collateral benefits as well:

(1) The third party [benefit donor] will normally be in at least as good a position to spread the loss as the tortfeasor. Very often the third party will be in a better position. The two alternative channels through which the loss might be spread have already been outlined. It is true that the defendant may be himself a loss-spreading agency (such as an employer) or be insured against third party risk (as motorists must be). But this will not always be so. Defendants are not selected only on the basis of their loss-spreading ability. On the other hand the third party is almost certain to be in a position to spread the loss. The very essence of most benefit schemes is that they spread losses amongst contributors. It is their business. Statutory benefits are usually financed by the community at large. Contractual schemes will normally be undertaken only by those who can either absorb the loss themselves (such as employ-

Ceux qui se sont penchés sur la question de la répartition des pertes dans le contexte de l'indemnisation parallèle s'accordent en règle générale pour dire que des considérations d'ordre économique militent en faveur de la déductibilité, bien que les résultats puissent varier quelque peu selon la nature des prestations. Ainsi, Cooper-Stephenson et Saunders écrivent, à la p. 481:

[TRADUCTION] Le fait que la question des prestations parallèles soit considérée surtout comme un problème de choix entre différentes réparations, ainsi que l'acceptation de régimes généralisés d'assurance sociale sans faute comme moyen légitime d'atténuer les malheurs, nous amènent à nous demander jusqu'à quel point il convient d'imposer un fardeau excessif aux auteurs de délits civils, aux entreprises génératrices de risques et à leurs mécanismes de répartition des pertes.

En Angleterre, le *Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (1978), Cmnd. 7054, I-III, a recommandé que toutes les prestations découlant d'une loi soient prises en considération aux fins du calcul des dommages-intérêts à payer par l'auteur d'un délit civil. Cette recommandation reposait sur le principe voulant qu'il soit à la fois moins coûteux et préférable de faire supporter cette perte à l'État tout entier plutôt qu'à l'auteur du délit civil et aux assureurs en matière de responsabilité. Cooper-Stephenson et Saunders arrivent à la même conclusion (aux pp. 481 et 482). Nombre des arguments qu'ils invoquent s'appliquent également aux prestations parallèles résultant d'un contrat:

[TRADUCTION] (1) La tierce personne [celle qui verse les prestations] sera normalement au moins aussi bien placée pour répartir la perte que l'auteur du délit civil. Bien souvent, elle sera mieux placée. Les deux canaux possibles par lesquels peut s'effectuer la répartition de la perte ont déjà été décrits. Certes, le défendeur peut être lui-même un organisme de répartition de pertes (ce qui est le cas d'un employeur) ou avoir une assurance (obligatoire dans le cas des automobilistes) couvrant la responsabilité civile. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Les défendeurs ne sont pas choisis uniquement en fonction de leur capacité de répartir les pertes. Par ailleurs, il est presque certain que la tierce personne sera en mesure de répartir la perte. L'essence même de la plupart des régimes d'indemnisation est la répartition de pertes parmi les cotisants. C'est là leur raison d'être. Les prestations découlant d'une loi sont généralement financées par l'ensemble de la collectivité. Quant aux régimes

ers). If, therefore, the third party is burdened with the loss to the relief of the tortfeasor the impact is unlikely to be noticed by any individual; but if the contrary, it may fall solely on the shoulders of the defendant tortfeasor.

(2) The use of one or other of the devices mentioned must normally mean a retransfer of the loss. Benefits are usually paid more speedily than damages from a tortfeasor. Indeed, one of their chief advantages is that they are received by the victim of an accident in the immediate post-accident period when they may be most needed. Therefore there will normally be an initial transfer of the loss from the victim to the third party loss distributing agency. A further transfer of the loss to a defendant is cumbersome and unnecessary in most cases. The view has been advanced that the loss should lie with the initial loss distributing agency and not be shifted from one to another. Shifting the loss will normally involve either another legal action, or the joining of another party in the victim's claim against the tortfeasor, depending on which device is adopted. But the law has sensibly set its face against a duplication of legal actions in respect of a single accident—particularly actions for pure economic loss—and the joining of third parties in claims against tortfeasors is likely to make recovery of compensation in respect of accidents more complex.

(3) There is a strong economic argument against readjusting the loss. The operating costs of running any compensation scheme are heavy. It appears that social insurance is least expensive in this respect, so that, for example, the cost of shifting the burden of medical expenses to the National Health or of recouping a portion of lost earnings through unemployment benefit is minimal. The overheads involved in private (plaintiff) insurance are greater, but still far below the cost of tort law. To employ two of these media in the process of compensating a single pecuniary loss is economically ludicrous, and it is the second transfer of the loss over to the defendant tortfeasor which is the expensive process

contractuels, normalement ils ne seront établis que par des personnes qui sont en mesure soit de supporter elles-mêmes la perte (comme les employeurs), soit d'organiser un système de répartition des pertes (comme les assureurs). Si donc la tierce personne se voit chargée de la perte au soulagement de l'auteur du délit civil, aucun individu n'en sentira probablement les effets; mais dans le cas contraire, il se peut que la charge soit supportée uniquement par le défendeur auteur du délit civil.

(2) Le recours à l'un ou l'autre des moyens susmentionnés entraîne normalement un nouveau transfert de la perte. En règle générale, le paiement de prestations se fait plus rapidement que le paiement de dommages-intérêts par l'auteur d'un délit civil. En effet, l'un des principaux avantages que présentent les prestations est que la victime les reçoit au cours de la période qui suit immédiatement l'accident, quand elle peut en avoir le plus besoin. Aussi y aura-t-il normalement un premier transfert de la perte, qui passera de la victime au tiers organisme de répartition de pertes. Un second transfert qui fait supporter la perte au défendeur est un processus lourd et, le plus souvent, superflu. Selon un point de vue, la perte devrait être supportée par l'organisme de répartition de pertes qui en a été initialement chargé plutôt que d'être transmise de l'un à l'autre. Le transfert de la perte entraînera normalement soit de nouvelles poursuites judiciaires, soit la mise en cause d'une nouvelle partie dans l'action de la victime contre l'auteur du délit civil; cela dépendra du moyen auquel on recourt. Mais le droit s'est judicieusement opposé aux doubles emplois en matière d'actions en justice résultant d'un seul accident, notamment celles en indemnisation d'une perte purement économique, et la mise en cause de tierces personnes dans des actions contre les auteurs de délits civils compliquera probablement davantage le dédommagement à la suite d'un accident.

(3) Un puissant argument économique milite contre le rajustement de la perte. Les frais que comporte l'administration de n'importe quel régime d'indemnisation sont élevés. L'assurance sociale paraît la moins coûteuse à cet égard, si bien que, par exemple, le coût du transfert de la charge des frais médicaux au régime national d'assurance-maladie ou de la récupération, au moyen de prestations d'assurance-chômage, d'une partie du salaire perdu est minime. Les frais généraux des assurances privées (prises par les demandeurs) sont plus élevés, mais n'en demeurent pas moins nettement inférieurs à ceux entraînés par une action délictuelle. Sur le plan économique, il est absurde d'avoir recours à deux de ces moyens dans le processus d'indemnisation d'une seule perte pécuniaire, et c'est le second transfert, celui qui fait supporter la perte au défendeur auteur du délit civil, qui est coûteux

(4) Finally, a readjustment or retransfer of the loss will in most cases be of little consequence to those who eventually pay. It would merely mean that the cost of third party liability insurance would be marginally raised and that of the various forms of plaintiff insurance reduced. Since most members of society contribute in one way or another to both, then a reshifting of the loss is from their point of view virtually irrelevant and therefore almost totally unnecessary.

These arguments suggest that deduction of collateral benefits from damage awards, including wage benefits, can be justified on a loss-distribution basis.

I have earlier alluded to the criticism of the non-deductibility collateral benefits rule in the United States and its perceived relationship to the so-called insurance crisis. In Canada, Justice Osborne in the *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario* (1988) reviewed the issue of the deductibility of collateral benefits and in particular the effect of the wide non-deductibility rule in *Boarelli v. Flannigan* and concluded at p. 438 that the "collateral source rule as presently applied in Ontario is wasteful in practice and cannot be justified in principle. It ought to be changed."

I would not wish to be taken as suggesting that considerations such as these can or should replace legal principle in determining whether collateral benefits should be brought into account in calculating damages for personal injuries. It may be that in particular cases other considerations may outweigh these policy considerations. Moreover, the legislatures are generally better equipped than the courts to evaluate such factors. For the purposes of these reasons, I am content with the conclusion that considerations relating to allocation of loss do not negate and indeed tend to support the deductibility of wage benefits, where that deductibility is otherwise properly founded in legal principle.

(4) Finalement, dans la plupart des cas, un rajustement ou un nouveau transfert de la perte ne tirera guère à conséquence pour ceux qui finissent par la supporter. Cela voudra simplement dire une très légère hausse du coût de l'assurance contre les risques de responsabilité civile et une baisse de celui des différentes sortes d'assurances prises par les demandeurs. Comme la majorité des membres de la collectivité participent d'une manière ou d'une autre aux deux, un nouveau transfert de la perte s'avère, de leur point de vue, pratiquement inutile et, partant, presque complètement superflu.

Ces arguments laissent supposer que la déduction de prestations parallèles, notamment de prestations sous forme de salaire, du montant des dommages-intérêts accordés peut se justifier en fonction de la répartition des pertes.

J'ai déjà évoqué les critiques formulées aux États-Unis à l'égard de la règle de la non-deductibilité des prestations parallèles ainsi que le rapport que l'on croit constater entre cette règle et ce qu'on appelle la crise dans le domaine de l'assurance. Au Canada, le juge Osborne dans le *Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario* (1988), fait une étude de la question de la deductibilité des prestations parallèles et, en particulier, de l'effet de la règle générale de non-deductibilité énoncée dans l'arrêt *Boarelli v. Flannigan*, pour conclure, à la p. 438, que la [TRADUCTION] «règle de la source parallèle actuellement appliquée en Ontario entraîne en pratique du gaspillage et ne saurait se justifier en principe. Elle doit être changée.»

Je ne veux pas qu'on croie que j'avance que ce genre de considérations peuvent ou devraient remplacer les principes de droit aux fins de déterminer s'il y a lieu de tenir compte des prestations parallèles dans le calcul des dommages-intérêts pour lésions corporelles. Il se peut que dans des cas particuliers d'autres considérations puissent l'emporter sur ces considérations de principe. De plus, le législateur est en règle générale mieux en mesure que les tribunaux d'apprécier de tels facteurs. Pour les fins des présents motifs, je me borne à conclure que les considérations relatives à la répartition de la perte, loin de militer contre la deductibilité des prestations sous forme de salaire, tendent même à soutenir cette deductibilité lorsqu'elle repose par ailleurs légitimement sur des principes de droit.

(5) Methods of Avoiding Double Recovery

There are two ways in which double recovery can be avoided. The first is to deduct the value of the benefit from the plaintiff's damages. The plaintiff keeps the benefit and the damages are assessed on the basis of his or her net loss taking into account the benefit.

The second way of avoiding double recovery is by readjustment of the loss, usually involving transferring the benefit to the third party. This can occur in a variety of ways.

The most common is subrogation. Indemnity insurance is subject to the insurer's right to claim back payments to the extent the plaintiff recovers damages. Many statutory benefits, such as workers' compensation, are subject to legislative indemnity provisions.

A second way in which the benefit can be returned to the third party to avoid double recovery is by a court imposed trust or direction to pay. This device was used by Lord Denning to avoid double recovery in connection with collateral benefits in *Dennis v. London Passenger Transport Board*, [1948] 1 All E.R. 779, and was subsequently applied in *Myers v. Hoffman* (1955), 1 D.L.R. (2d) 272 (Ont. H.C.), and *Rawson v. Kasman* (1956), 3 D.L.R. (2d) 376 (Ont. C.A.) These cases depended on the plaintiff's having volunteered, by way of an undertaking to the court, to pay the damages in question over to the third party. This no longer appears to be necessary. In *Arnold v. Teno*, *supra*, and *Thornton v. Prince George School Board*, *supra*, this Court approved the practice of awarding damages to the injured plaintiff to be held in trust for persons who had furnished nursing services. This device may be viewed as an aspect of the indemnity doctrine of insurance law, where subrogated rights are protected by the imposition of a trust. It must be recognized, however, that *Teno* and *Thornton* represent an exceptional application of the doc-

(5) Façons d'éviter la double indemnisation

Il existe deux manières d'éviter la double indemnisation. La première consiste à déduire des dommages-intérêts du demandeur la valeur des prestations qu'il a reçues. Ainsi, le demandeur conserve ces prestations et les dommages-intérêts s'apprécient en fonction de sa perte nette, déduction faite des prestations.

La seconde façon d'éviter la double indemnisation est le rajustement de la perte, ce qui implique normalement le transfert des prestations à la tierce personne. Cela peut se faire de différentes manières.

Le cas le plus commun est celui de la subrogation. L'assurance-indemnisation se trouve assujettie au droit de l'assureur de réclamer un remboursement dans la mesure des dommages-intérêts accordés au demandeur. Bien des prestations prévues par une loi, dans le domaine de l'indemnisation des accidents du travail par exemple, sont soumises à des dispositions législatives en matière d'indemnisation.

Une deuxième manière dont les prestations peuvent être rendues à la tierce personne afin d'éviter la double indemnisation consiste en l'imposition d'une fiducie ou en un ordre de paiement par un tribunal. Ce moyen a été employé par lord Denning dans l'arrêt *Dennis v. London Passenger Transport Board*, [1948] 1 All E.R. 779, pour éviter la double indemnisation résultant de prestations parallèles, et on y a eu recours par la suite dans *Myers v. Hoffman* (1955), 1 D.L.R. (2d) 272 (H.C. Ont.), et dans *Rawson v. Kasman* (1956), 3 D.L.R. (2d) 376 (C.A. Ont.) Ces décisions tenaient au fait que le demandeur avait volontairement offert, par voie d'engagement à la cour, de payer les dommages-intérêts en question à la tierce personne. Voilà ce qui ne paraît plus nécessaire. Dans les arrêts *Arnold c. Teno* et *Thornton c. Prince George School Board*, précités, notre Cour a approuvé la pratique consistant à accorder au demandeur lésé des dommages-intérêts devant être gardés en fiducie pour les personnes qui ont fourni des services infirmiers. Cette façon de procéder peut être considérée comme un aspect de la théorie de l'indemnisation en droit des assurances, les

trine of trust, given that no obligation from trustee to *cestui que trust* exists until the moment the court creates it. The justification for the extension may be seen as a moral obligation on the part of the injured plaintiff to repay those who rendered services to him gratuitously, coupled with the desirability of avoiding the injustice which would result from the inability to otherwise compensate the persons who rendered services, given that they had no independent cause of action.

A third method of shifting the payment to the third party benefactor is by giving him or her a separate right of action. The causes of action for *actio per quod servitium amisit* (the action of a master for his servant's services), *actio per quod consortium amisit* (the action of a husband for deprivation of his wife's society or services), and the statutory action under s. 60 of Ontario's *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, (a claim for injuries or death of a related person) are examples. Much doubt exists about the right to recover damages for injury to another under the first two actions: see Cooper-Stephenson and Saunders, at pp. 484-85. In so far as third persons can recover directly against the tortfeasor, it seems clear that there must be deduction of that sum from the victim's personal injury damages. The result, as Cooper-Stephenson and Saunders point out, is a reallocation of the loss sustained by the victim to the tortfeasor through the third party's direct claim.

It is suggested in the case at bar that wage benefits should not be deducted from the plaintiff's damages, and that the proper means of avoiding double recovery is by allocation of the double benefit to the third party benefactor. In principle,

droits faisant l'objet d'une subrogation étant protégés par l'imposition d'une fiducie. On doit reconnaître toutefois que les arrêts *Teno* et *Thornton* représentent une application exceptionnelle de la théorie de la fiducie étant donné que l'obligation du fiduciaire envers le bénéficiaire ne prend naissance qu'au moment où le tribunal la crée. On peut voir la justification de cette extension dans une obligation morale de la part du demandeur lésé de dédommager les personnes qui lui ont rendu des services gratuitement ainsi que dans le fait qu'il est souhaitable d'éviter l'injustice qui résulterait de l'incapacité de dédommager de quelque autre manière les personnes qui ont rendu ces services, compte tenu de ce que ces dernières n'avaient pas de cause indépendante d'action.

Une troisième façon de faire passer le paiement au tiers bienfaiteur est de lui conférer un droit d'action distinct. Les causes d'action pour l'*actio per quod servitium amisit* (l'action de l'employeur pour les services de son employé), l'*actio per quod consortium amisit* (l'action du mari pour la privation de la compagnie ou des services de son épouse), ainsi que l'action fondée sur l'art. 60 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 152 (une réclamation pour les lésions subies par un parent ou pour sa mort) en sont des exemples. Il y a de sérieux doutes quant au droit d'obtenir, au moyen des deux premières actions, des dommages-intérêts pour les lésions subies par autrui: voir Cooper-Stephenson et Saunders, aux pp. 484 et 485. Pour autant qu'il soit permis aux tiers de se faire rembourser directement par l'auteur du délit civil, il semble évident que la somme ainsi obtenue doit être défalquée du montant des dommages-intérêts accordés à la victime pour ses lésions corporelles. Il en résulte, ainsi que le font remarquer Cooper-Stephenson et Saunders, que l'action directe du tiers fait supporter à l'auteur du délit civil la perte subie par la victime.

On soutient en l'espèce que les prestations sous forme de salaire ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts du demandeur et que la bonne façon d'éviter la double indemnisation est d'attribuer au tiers bienfaiteur la seconde somme. Sédui-

this solution is attractive. In practice, however, it presents considerable difficulty.

Subrogation and independent action by the third party require that the benefactor make a claim against the plaintiff in the first case, against the tortfeasor in the second. Very often this is not done. The case at bar is in point. It has been suggested by the Ontario Law Reform Commission *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, at p. 189, "that the costs involved in pursuing such claims outweigh the benefit to be derived from them, with the result that the claim is never brought". Many statutes make deduction for subrogated claims mandatory, and in these cases there appears to be little difficulty, provided the source of the payment and its amount are clear on the evidence.

The next question is whether, where no claim is made, the court should impress the damages with a trust in favour of the benefactor. The question here is whether the limited application of this device espoused in *Teno* and *Thornton* should be extended to wage benefits where the third party has a claim but has not shown enough interest to pursue the claim. Generally the law does not help those who make no claim. In *Teno* and *Thornton* the only way for the persons providing the nursing services to obtain recovery was by imposition of a trust. In these circumstances, and at the request of the plaintiff, the device of trust was used to avoid injustice. The situation is quite different, it can be argued, where the third party has a legal remedy but, for whatever reason, declines to pursue it.

It thus appears that the avoidance of double recovery by transference of benefits to the third party benefactor, while it may function in some cases, does not provide a solution for all situations. What is required if double recovery is to be avoid-

sante sur le plan des principes, cette solution présente toutefois en pratique des difficultés considérables.

a En effet, la subrogation et l'exercice d'une action indépendante par la tierce personne exigent que le bienfaiteur fasse une réclamation contre le demandeur dans le premier cas et contre l'auteur du délit civil dans le second. Or, bien souvent, cela ne se fait pas. La présente instance en est une bonne illustration. Dans son *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario affirme, à la p. 189, que les coûts entraînés par l'exercice d'une telle action l'emportent sur tout avantage qu'on peut en retirer, de sorte qu'elle n'est jamais intentée. De nombreuses lois rendent obligatoire la déduction des sommes réclamées par le subrogé et, dans ces cas-là, il ne semble pas y avoir beaucoup de difficulté pourvu que la source du paiement et le montant de celui-ci ressortent clairement de la preuve.

e Se pose ensuite la question de savoir si, dans un cas où aucune réclamation n'est faite, le tribunal devrait créer à l'égard des dommages-intérêts une fiducie en faveur du bienfaiteur. La question ici est de savoir si le recours limité à cette méthode préconisé dans les arrêts *Teno* et *Thornton* devrait être étendu pour englober les prestations sous forme de salaire lorsque la tierce personne a un droit d'action, mais n'a pas manifesté suffisamment d'intérêt pour s'en prévaloir. En règle générale, la loi ne vient pas en aide à ceux qui ne font pas de réclamation. Dans les affaires *Teno* et *Thornton*, les fournisseurs de services infirmiers ne pouvaient se faire dédommager que par l'imposition d'une fiducie. Dans ces circonstances et à la requête du demandeur, on a eu recours à la fiducie pour éviter une injustice. La situation est tout autre, peut-on prétendre, quand la loi accorde un recours à la tierce personne, mais que cette dernière, pour quelque raison que ce soit, s'abstient de l'exercer.

j Il appert donc que si le transfert des prestations au tiers bienfaiteur peut représenter dans certains cas un moyen efficace d'éviter la double indemnisation, il n'offre pas une solution pour toutes les situations. Ce qu'il faut pour éviter la double

ed is a rule which allows transfer to third parties wherever appropriate, while preventing double payment where such transfer is impractical or impossible.

(6) Conclusion as to the Appropriate Rule

The general principles underlying our system of damages suggest that a plaintiff should receive full and fair compensation, calculated to place him or her in the same position as he or she would have been had the tort not been committed, in so far as this can be achieved by a monetary award. This principle suggests that in calculating damages under the pecuniary heads, the measure of the damages should be the plaintiff's actual loss. It is implicit in this that the plaintiff should not recover unless he can demonstrate a loss, and then only to the extent of that loss. Double recovery violates this principle: It follows that where a plaintiff sustains no wage loss as a result of a tort because his employer has continued to pay his salary while he was unable to work, he should not be entitled to recover damages on that account.

The authorities which have considered the question of whether wage benefits paid by an employer should be brought into account in calculating the plaintiff's damages support the position suggested by the fundamental principles underlying our tort law. The highest courts in England and Australia have held that salary benefits paid during the period in which the plaintiff was unable to work must be deducted from any claim for loss of earnings; and in the United States, which early on embraced a rule of non-deductibility of collateral benefits, state legislation has effected a significant retreat from this position in recent years. In Canada, courts have veered between deductibility and non-deductibility of wage benefits over the years. The Supreme Court of Canada has on two occasions indicated its approval of the principles set out by the House of Lords in *Parry v. Cleaver*, among them the view that wage benefits received

indemnisation est une règle qui permette le transfert à des tiers chaque fois que cela est indiqué, tout en empêchant le double paiement lorsqu'un tel transfert se révèle peu pratique ou impossible.

^a (6) Conclusion quant à la règle appropriée

Il ressort des principes généraux sous-jacents à notre système d'attribution de dommages-intérêts qu'un demandeur devrait être dédommagé pleinement et équitablement de manière à le mettre dans la situation où il se serait trouvé n'eût été la perpétration du délit civil, pour autant que cela puisse se faire pécuniairement. Suivant ce principe, les dommages-intérêts pour les pertes pécuniaires devraient se calculer en fonction de la perte réellement subie par le demandeur. Cela implique que le demandeur ne devrait être indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte et, même alors, seulement dans la mesure de cette perte. La double indemnisation va à l'encontre de ce principe. Il s'ensuit donc que si le demandeur ne subit pas de perte de salaire par suite d'un délit civil parce que son employeur a continué à le lui verser pendant la durée de son incapacité de travailler, il ne devrait pas avoir droit à des dommages-intérêts pour perte de salaire.

Les décisions dans lesquelles a été abordée la question de savoir si les prestations sous forme de salaire versées par un employeur devraient entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts du demandeur appuient la position qui se dégage des principes fondamentaux de notre droit en matière de responsabilité civile délictuelle. Les plus hautes instances anglaises et australiennes ont statué que les prestations sous forme de salaire versées pendant la période où le demandeur n'a pu travailler doivent être déduites de toute réclamation pour perte de salaire et, aux États-Unis, où une règle de non-deductibilité des prestations parallèles a été adoptée très tôt, les États ont adopté au cours des dernières années des dispositions législatives qui représentent un recul important par rapport à cette position. Au Canada, les tribunaux ont oscillé entre la deductibilité et la non-deductibilité des prestations sous forme de salaire. La Cour suprême du Canada a indiqué à deux reprises qu'elle approuvait les principes énoncés par la Chambre des lords dans l'arrêt *Parry v.*

by the plaintiff must be deducted from any claim for loss of earnings.

The argument that wages paid by an employer pursuant to a contract of employment are akin to insurance and hence should not be deducted on the principle in *Parry v. Cleaver* cannot prevail, in my view. First, it is rejected in *Parry* itself, Lord Reid stating that in such a case, no loss ever arises. Second, the argument rests on the assumption that the employee has in fact suffered a loss or actually contributed to the fund from which the earnings are paid, an assumption which, in the absence of evidence, is far from self-evident.

Without placing them in a determinative role, it appears that considerations relating to loss distribution generally support the view that wage benefits paid to a plaintiff while he or she is off work should be deducted from damages awarded for loss of earnings.

Finally, other methods of avoiding double recovery, such as subrogation, direct action by third parties, and the device of declaring a trust in favour of third parties, valuable as they may be, fail to provide a solution in many cases. The need, as I observed earlier, is for a rule which will permit transference of benefits to third parties where appropriate, and at the same time avoid the double recovery of monies on account of lost earnings which general principle and the case law suggest is inappropriate.

These considerations suggest the following rule. As a general rule, wage benefits paid while a plaintiff is unable to work must be brought into account and deducted from the claim for lost earnings. An exception to this rule may lie where the court is satisfied that the employer or fund which paid the wage benefits is entitled to be reimbursed for them on the principle of subrogation. This is the case where statutes, such as the

Cleaver, notamment le point de vue selon lequel les prestations sous forme de salaire touchées par le demandeur doivent être déduites de toute réclamation pour perte de salaire.

^a On ne saurait à mon avis retenir l'argument selon lequel le salaire payé par un employeur conformément à un contrat de travail s'apparente à de l'assurance et ne devrait donc pas être déduit, ^b suivant le principe posé dans l'arrêt *Parry v. Cleaver*. En premier lieu, ce principe est rejeté dans l'arrêt *Parry* lui-même, lord Reid y disant que dans un pareil cas il n'y a jamais de perte. En second lieu, l'argument repose sur la supposition ^c que l'employé a effectivement subi une perte ou a vraiment contribué au fonds d'où provient le salaire payé, supposition qui, à défaut d'éléments de preuve la justifiant, est loin d'être évidente en soi.

^d Sans leur attribuer un rôle déterminant, il appert que les considérations relatives à la répartition de la perte appuient généralement le point de vue selon lequel les prestations sous forme de ^e salaire versées à un demandeur pendant qu'il est absent de son travail doivent être défalquées des dommages-intérêts accordés pour perte de salaire.

^f Finalement, d'autres moyens d'éviter la double indemnisation, tels que la subrogation, l'action directe intentée par des tiers et la création d'une fiducie en faveur de tierces personnes, pour utiles qu'elles puissent être, ne constituent pas une solution dans bien des cas. Ce dont nous avons besoin, ^g ainsi que je l'ai fait remarquer précédemment, est une règle qui permettra de faire passer des prestations à des tiers si cela est indiqué, tout en évitant la double indemnisation pour perte de salaire, qui ^h tant selon les principes généraux que la jurisprudence ne semble pas appropriée.

De ces considérations se dégage la règle suivante: d'une manière générale, les prestations sous ⁱ forme de salaire versées à un demandeur alors qu'il se trouve dans l'incapacité de travailler doivent entrer en ligne de compte et être déduites de la réclamation pour perte de salaire. Cette règle ^j peut souffrir une exception lorsque la cour est convaincue que le principe de la subrogation joue de façon à faire naître en faveur de l'employeur

Workers' Compensation Act, expressly provide for payment to the benefactor of any wage benefits recovered. It will also be the case where the person who paid the benefits establishes a valid claim to have them repaid out of any damages awarded. Absent legislation or a third party claim, the only device available to the court to effect transference to the third party would be trust. Given that the third party has effective ways apart from trust of enforcing the claim, I would not extend the trust doctrine applied in *Teno* and *Thornton* to collateral benefits in the usual case. At the same time, I would not rule out that a judge might use this device to transfer payment to a third party where the judge is satisfied that this is both necessary and appropriate in the interests of justice. Generally speaking, however, some sort of obligation, moral if not legal, to repay the third party would need to be established to permit application of the trust device.

These comments should not be taken as extending to types of collateral benefits other than lost earnings, such as insurance paid for by the plaintiff and gratuitous payments made by third parties. Those issues are not before the Court and must be left for another day.

B. *Application of the Rule to the Case at Bar*

In this case the plaintiff was paid his full salary during the period he was off work as a result of his injuries. The principles to which I have alluded suggest that in these circumstances his claim against the tortfeasor for loss of earnings on the ground that the plaintiff has not established a loss, should be dismissed unless a valid claim is established on the part of the employer who paid the benefits.

qui a versé les prestations sous forme de salaire ou du fonds d'où elles proviennent un droit au remboursement de ces prestations. Ainsi en est-il lorsque des textes tels que la *Loi sur les accidents du travail* prévoient expressément le paiement au bienfaiteur de toute prestation obtenue pour perte de salaire. Ce sera le cas également lorsque la personne qui a payé les prestations prouve qu'elle a le droit d'obtenir leur remboursement à même toute indemnité accordée à titre de dommages-intérêts. En l'absence d'un texte législatif ou d'une réclamation faite par un tiers, le tribunal ne pourrait avoir recours qu'à la fiducie pour effectuer un transfert à la tierce personne. Or, comme cette dernière dispose de moyens efficaces, autres que la fiducie, d'obtenir ce qu'elle réclame, en temps normal je n'étendrais pas aux prestations parallèles la théorie de la fiducie appliquée dans les arrêts *Teno* et *Thornton*. En même temps, je n'écarterais pas la possibilité qu'un juge puisse se servir de ce moyen pour transférer le paiement à une tierce personne lorsqu'il est convaincu que cela est à la fois nécessaire et approprié pour les fins de la justice. En règle générale, cependant, l'existence d'une obligation quelconque, tout au moins morale si ce n'est juridique, de rembourser la tierce personne devrait être établie pour qu'on puisse recourir à la fiducie.

Ces observations ne devraient pas être interprétées comme s'appliquant à des genres de prestations parallèles autres que le paiement du salaire perdu, comme les assurances payées par le demandeur et les paiements à titre gracieux faits par des tiers. Voilà des points dont la Cour ne se trouve pas saisie et dont le règlement devra attendre une autre occasion.

^h B. *Application de la règle en l'espèce*

Dans la présente instance, le demandeur a touché son plein salaire pendant le temps qu'il ne travaillait pas en raison de ses blessures. Il se dégage des principes dont j'ai fait mention que, dans ces circonstances, la réclamation faite contre l'auteur du délit civil pour perte de salaire devrait être rejetée pour le motif que le demandeur n'a pas prouvé qu'il a subi une perte, à moins que l'employeur qui a versé les prestations en question prouve qu'il a le droit de faire une réclamation.

The employer has not advanced a claim in the nature of subrogation. Moreover, no obligation to repay the employer, moral or otherwise, is raised by the plaintiff. These considerations negate the suggestion that the doctrine of trust can properly be utilized to shift the loss to the employer and allow the plaintiff to recover in this case. Indeed, the plaintiff does not seriously contend that any sum awarded for lost earnings would be paid over to his employer.

Nor, for the reasons discussed earlier, can the payment of wages to the plaintiff be likened to the payment of proceeds of an insurance policy.

In these circumstances, the plaintiff has failed to establish a loss compensable in damages.

Conclusion

I would allow the appeal and set aside the judgment for damages for loss of earnings with costs.

Appeal allowed with costs, DICKSON C.J. and WILSON, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gilbert, Wright & Flaherty, Toronto.

Solicitors for the respondent: Keyser Mason Ball & Lewis, Mississauga.

Or, l'employeur n'a pas soumis de réclamation tenant d'une subrogation. De plus, le demandeur n'allègue aucune obligation, morale ou autre, de rembourser l'employeur. Ces considérations militent donc contre la proposition selon laquelle on peut légitimement se servir de la théorie de la fiducie pour faire supporter la perte à l'employeur et permettre au demandeur de se faire indemniser en l'espèce. De fait, le demandeur ne prétend pas sérieusement que toute somme accordée pour perte de salaire serait remise à son employeur.

Pour les raisons déjà exposées, le paiement du salaire au demandeur ne peut pas non plus être assimilé au paiement du produit d'une police d'assurance.

Dans ces circonstances, le demandeur n'a pas établi l'existence d'une perte susceptible d'indemnisation par l'attribution de dommages-intérêts.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier la décision accordant des dommages-intérêts pour perte de salaire, avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef DICKSON et les juges WILSON, GONTHIER et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Gilbert, Wright & Flaherty, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Keyser Mason Ball & Lewis, Mississauga.

Gaston Robitaille *Appellant*

v.

J.A. Madill, Sovereign General Insurance Company and Markel Insurance Company of Canada *Respondents*

INDEXED AS: ROBITAILLE v. MADILL

File No.: 19466.

1990: March 20; 1990: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Fire insurance — Content of insurance contract — Time formed — Inconsistency between insurance policy and application — Civil Code of Lower Canada, arts. 2476, 2478.

Appellant, the owner of a hotel establishment, had installed an automatic extinguisher system in his kitchen at the request of his previous insurers. Some years later respondents offered to insure appellant, and on August 20, 1980 an inspector and a broker went to his premises. After inspecting the building the inspector classified the risk as "acceptable" and gave appellant the applicable rates. The insurance application was written on the spot and accepted. The broker then told appellant that his coverage began that same evening. There was nothing in the application to indicate that appellant had to sign a maintenance contract for his extinguisher system—a requirement which was also not part of his old insurance contract. However, the insurance policy when issued three weeks later stated in clause 8 that the extinguisher system had to be checked at least twice a year by the manufacturer's authorized representative. When a fire occurred in 1981 the extinguisher system did not operate correctly and the hotel establishment sustained considerable damage. Respondents refused to compensate appellant, alleging his failure to observe clause 8 of the policy. Appellant brought an action against respondents in the Superior Court for compensation. The trial judge allowed the action but a majority of the Court of Appeal reversed the judgment and dismissed the action.

Held: The appeal should be allowed.

Respondents had a duty to compensate appellant. Under art. 2476 C.C.L.C., an insurance contract is

Gaston Robitaille *Appellant*

c.

J.A. Madill, La Souveraine, Compagnie d'assurance générale et Markel Insurance Company of Canada *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ROBITAILLE c. MADILL

N° du greffe: 19466.

1990: 20 mars; 1990: 3 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance-incendie — Contenu du contrat d'assurance — Moment de sa formation — Divergences entre la police d'assurance et la proposition — Code civil du Bas-Canada, art. 2476, 2478.

L'appellant, propriétaire d'un établissement hôtelier, avait installé à la demande de ses anciens assureurs un système d'extincteurs automatiques dans la cuisine de son établissement. Quelques années plus tard, les intimés ont proposé à l'appellant de l'assurer et, le 20 août 1980, un inspecteur et un courtier se sont rendus chez lui. Après avoir inspecté l'immeuble, l'inspecteur a déclaré le risque «acceptable» et fourni à l'appellant les taux applicables. La proposition d'assurance a été rédigée sur place et acceptée. Le courtier a alors déclaré à l'appellant qu'il était couvert à partir du soir même. Rien n'indiquait dans la proposition que l'appellant devait souscrire à un service d'entretien pour son système d'extincteurs—une exigence qui ne faisait d'ailleurs pas partie de son ancien contrat d'assurance. Toutefois, la police d'assurance, livrée trois semaines plus tard, stipulait à la clause 8 que le système d'extincteurs devait faire l'objet de vérifications au moins deux fois l'an par le représentant agréé du fabricant. En 1981, lors d'un incendie, le système d'extincteurs n'a pas fonctionné adéquatement et l'établissement hôtelier a subi des dommages importants. Les intimés ont refusé de dédommager l'appellant, invoquant son défaut de respecter la clause 8 de la police. L'appellant a intenté une action en Cour supérieure contre les intimés pour se faire indemniser. Le juge de première instance a accueilli l'action mais la Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et rejeté l'action.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les intimés ont l'obligation d'indemniser l'appellant. En vertu de l'art. 2476 C.c.B.-C., le contrat d'assurance

formed upon the insurer's acceptance of the policyholder's application. Since here this application, which was accepted on August 20, 1980, contained no mention of the requirement contained in clause 8 of the policy, namely inspection and maintenance of the sprinkler system, in principle this condition forms no part of the insurance contract. However, assuming that the condition is part of the contract and there is a resulting inconsistency, art. 2478 *C.C.L.C.* must be applied. As respondent insurers did not inform appellant in writing of the inconsistency between the policy and the application, the latter is evidence of the insurance contract and its content.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada [am. 1974, c. 70, s. 2], arts. 2476, 2477, 2478 [am. 1979, c. 33, s. 42], 2500 [am. *idem*, s. 47].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 319, reversing a judgment of the Superior Court, [1983] C.S. 331, 2 C.C.L.I. 117. Appeal allowed.

André Gagnon, Q.C., for the appellant.

Patrick Henry, for the respondent Madill.

Kristen Zimakas and Robert De Blois, for the respondents Sovereign and Markel Insurance Co. of Canada.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal concerns the formation of a land insurance contract, and in particular the relationship existing between an insurance application and the policy relating thereto under the provisions of the *Civil Code of Lower Canada* (hereinafter *C.C.*), in effect in the province of Quebec.

Appellant owned and operated a hotel establishment in Fossambault, Quebec. In response to a requirement by his previous insurers he installed an automatic extinguisher system in his kitchen in 1973. However, the insurers he had at that time never required that he sign a contract for the maintenance of this system, and he did not do so.

In 1980, without being approached by appellant, another insurance company formed by respondents offered to insure him. On August 20, Maurice

est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur. Puisqu'en l'espèce, cette proposition, acceptée le 20 août 1980, ne prévoyait pas l'exigence contenue à la clause 8 de la police, soit l'inspection et l'entretien du système d'extincteurs, cette condition ne fait donc pas partie en principe du contrat d'assurance. Toutefois, en tenant pour acquis que la condition fait partie du contrat et qu'il s'agit d'une divergence, l'art. 2478 *C.c.B.-C.* doit s'appliquer. Les assureurs intimés n'ayant pas indiqué par écrit à l'appelant les points de divergences entre la police et la proposition, cette dernière fait foi du contrat d'assurance et de son contenu.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada [mod. 1974, ch. 70, art. 2], art. 2476, 2477, 2478 [mod. 1979, ch. 33, art. 42], 2500 [mod. *idem*, art. 47].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 319, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1983] C.S. 331, 2 C.C.L.I. 117. Pourvoi accueilli.

André Gagnon, c.r., pour l'appelant.

Patrick Henry, pour l'intimé Madill.

Kristen Zimakas et Robert De Blois, pour les intimées La Souveraine et Markel Insurance Co. of Canada.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Ce pourvoi porte sur la formation du contrat d'assurance terrestre et en particulier sur la relation existant entre une proposition d'assurance et la police y afférente selon les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après *C.c.*), en vigueur dans la province de Québec.

L'appelant possédait et exploitait un établissement hôtelier à Fossambault (Québec). Suite à une exigence de ses assureurs antérieurs, il avait installé en 1973 un système d'extincteurs automatiques dans sa cuisine. À aucun moment toutefois ne fut-il requis par ses assureurs d'alors de souscrire à un contrat d'entretien de ce système, et il n'en souscrit donc pas.

En 1980, sans que l'appelant l'ait sollicitée, une autre compagnie d'assurance, formée par les intimés, proposa à l'appelant de l'assurer. Le 20 août,

Grimard and an inspector, Mr. Gaudet, went to appellant's premises and the latter asked for an estimate for protection similar to that which he had previously had. Gaudet classified the risk as "acceptable" and gave appellant the applicable rates. The insurance application was written on the spot and accepted, whereupon Grimard told appellant that his coverage began that same evening. At no time during this meeting was appellant's obligation to sign a maintenance contract for his extinguisher system discussed, let alone imposed. The application, dated August 20, is also silent in this regard.

The insurance policy was issued on September 10, 1980. It contains clause 8, applicable to a risk protected by an entirely automatic chemical or CO₂ extinguisher, which provides:

[TRANSLATION] The insured agrees:

- (a) to notify the insurer immediately if he learns of any circumstances that may interfere with the effectiveness of the equipment protecting the insured property;
- (b) if he is the owner or renter of the equipment, to ensure that the said equipment is regularly maintained in accordance with the manufacturer's instructions and to have it checked at least twice a year by the manufacturer's authorized representative, so long as this insurance remains in effect. [Emphasis added.]

On May 18, 1981 a fire at appellant's property caused considerable damage. The automatic extinguisher system did not operate correctly during the fire because, the trial judge found, there had not been regular inspections by a qualified technician. Respondent insurers refused to pay appellant the compensation provided in the insurance contract, alleging the latter's failure to observe clause 8 regarding inspection and maintenance of the extinguisher system. Appellant sued respondents and the trial judge (Letarte J.) ruled in his favour: [1983] C.S. 331, 2 C.C.L.I. 117. A majority of the Court of Appeal (Rothman and Tyndale J.J.A., Chouinard J.A. dissenting) reversed the judgment and dismissed the action: [1985] C.A. 319.

Maurice Grimard et un inspecteur, M. Gaudet, se sont rendus chez l'appellant, qui a demandé une estimation pour une protection similaire à celle dont il bénéficiait auparavant. Gaudet a déclaré le risque «acceptable» et fourni à l'appellant les taux applicables. La proposition d'assurance fut rédigée sur place et acceptée, sur quoi Grimard a déclaré à l'appellant qu'il était couvert à partir du soir même. À aucun moment lors de cette rencontre l'obligation pour l'appellant de souscrire à un service d'entretien de son système d'extincteurs ne fut-elle discutée, encore moins exigée. La proposition, datée du 20 août, est également muette à cet égard.

La police d'assurance fut livrée le 10 septembre 1980. Elle comprend la clause 8, applicable pour un risque protégé par une installation entièrement automatique d'extinction chimique ou par CO₂, qui stipule:

L'Assuré convient:

- (a) d'avertir sans délai l'Assureur dès qu'il est au courant de toutes circonstances pouvant nuire à l'efficacité de l'installation protégeant les biens assurés;
- (b) s'il est propriétaire ou locataire de l'installation, de voir à l'entretien régulier de ladite installation selon les instructions du fabricant et de la faire vérifier au moins deux fois l'an par le représentant agréé du fabricant, et ce, pendant toute la durée de la présente assurance. [Nous soulignons.]

Le 18 mai 1981, un incendie à la propriété de l'appellant entraîna des dommages considérables. Lors de l'incendie, le système d'extincteurs automatiques n'a pas fonctionné adéquatement en raison, selon le juge de première instance, de l'absence d'inspections régulières par un technicien qualifié. Les assureurs intimés ont refusé de payer à l'appellant l'indemnité prévue au contrat d'assurance, invoquant le défaut de ce dernier de respecter la clause 8 d'inspection et d'entretien de son système d'extincteurs. L'appellant a poursuivi les intimés et le juge de première instance (le juge Letarte) lui a donné raison: [1983] C.S. 331, 2 C.C.L.I. 117. La majorité de la Cour d'appel (les juges Rothman et Tyndale, le juge Chouinard dissident) a renversé le jugement et rejeté l'action: [1985] C.A. 319.

The entire matter turns on the content of the insurance contract. This contract was formed as soon as the parties agreed and its content must be assessed at that time. The rule is stated in art. 2476 C.C., read together with arts. 2477 and 2478:

2476. An insurance contract is formed upon the insurer's acceptance of the policyholder's application.

2477. The policy is the document evidencing the insurance contract.

2478. The insurer must provide the policyholder with the policy and a copy of any application made in writing.

In case of inconsistency between the policy and the application, the latter prevails unless the insurer has in writing indicated the inconsistencies to the policyholder.

Here the contract became complete on August 20, 1980 since the application was accepted on that date. This application contains no mention of the requirement contained in clause 8, namely inspection and maintenance of the sprinkler system "by the manufacturer's authorized representative". In principle, therefore, this condition forms no part of the contract.

If this condition can really be said to be a part of the contract and there is a resulting inconsistency, art. 2478 C.C. must be applied. As no indication of inconsistencies was provided by the insurer in the case at bar, the Court must necessarily conclude that, even if there is an inconsistency, the wording of the application is still evidence of the insurance contract and of its content. Further, if there is no inconsistency between the application and the insurance policy, the policy is the document evidencing the insurance contract (art. 2477 C.C.)

The trial judge found that there was an inconsistency, as the content of the contract was decided on between appellant and Grimard and Gaudet at the meeting of August 20, 1980. He emphasized the public nature of art. 2478 C.C. (art. 2500, para. 1 C.C.) in finding that respondents were not entitled to benefit from clause 8 of the policy. On appeal, the dissenting opinion of Chouinard J.A. adopted the conclusion that the addition by the insurer of a specific supplementary obligation,

Toute la question se résume à déterminer le contenu du contrat d'assurance. Ce contrat est formé dès l'accord des parties, et c'est au moment de sa formation qu'il faut en apprécier la substance. Le texte de l'art. 2476 C.c. énonce la règle, complété par les art. 2477 et 2478:

2476. Le contrat d'assurance est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur.

2477. La police est le document qui constate le contrat d'assurance.

2478. L'assureur doit remettre au preneur la police et une copie de toute proposition faite par écrit.

En cas de divergence entre la police et la proposition, cette dernière fait foi du contrat à moins que l'assureur n'ait indiqué par écrit au preneur les points de divergences.

En l'espèce, la proposition du 20 août 1980 ayant été acceptée, le contrat était parfait à cette date. Cette proposition ne contient aucune mention de l'exigence contenue à la clause 8, soit l'inspection et l'entretien du système d'extincteur «par le représentant agréé du fabricant». Cette condition ne fait donc en principe aucunement partie du contrat.

Si tant est cependant que l'on puisse prétendre que cette condition fasse partie du contrat et qu'il s'agisse là d'une divergence, l'art. 2478 C.c. doit s'appliquer. Aucune indication des points de divergences n'ayant été faite en l'espèce par l'assureur, force est de conclure que, s'il y a divergence, le texte de la proposition fait malgré tout foi du contrat d'assurance et de son contenu. Si par ailleurs il n'y a pas de divergence entre la proposition et la police d'assurance, la police fait foi du contrat (art. 2477 C.c.)

Le juge de première instance a conclu à la présence d'une divergence, le contenu du contrat ayant été décidé entre l'appelant et Grimard et Gaudet lors de la réunion du 20 août 1980. Il souligne le caractère d'ordre public de l'art. 2478 C.c. (art. 2500, al. 1 C.c.) pour nier aux intimés le bénéfice de la clause 8 de la police. En appel, la dissidence du juge Chouinard reprend la conclusion que l'ajout par l'assureur d'une obligation supplémentaire particulière, comme celle de sous-

such as that of obtaining maintenance service by the manufacturer's authorized representative, can only be an inconsistency within the meaning of art. 2478 C.C. The majority, on the other hand, found that the insurance contract was only formed when the policy was issued on September 10, 1980, since neither Grimard nor Gaudet were respondents' authorized agents. Moreover, Rothman J.A. held that in any case clause 8 was not inconsistent with the application, but only extended it somewhat, and such extension was in fact reasonable in the circumstances.

We all share on this point the opinion of the trial judge and of Chouinard J.A., dissenting in the Court of Appeal.

Accordingly, we are all of the view that the appeal should be allowed and the judgment at first instance restored, allowing appellant's action, subject to the following.

The judgment at first instance set the amount owed at \$303,700. However, by a subsequent final judgment the Court of Appeal ordered respondents to pay directly to appellant's hypothecary creditor (Caisse d'entraide économique de Portneuf) the sum of \$114,142.66 plus interest, on account of an existing hypothecary clause in the insurance contract, and this amount was paid. It must accordingly be deducted from the original award of \$303,700, leaving a balance of \$189,557.34 to be paid, in accordance with the judgment at first instance, being 34 percent to Lloyd's of London, represented here by J.A. Madill, 33 percent to the Sovereign General Insurance Company and 33 percent to Markel Insurance Company of Canada.

Respondents are further ordered to pay interest and additional indemnity in accordance with the judgment at first instance, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gagnon, de Billy & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent Madill: Robinson, Sheppard & Associés, Montréal.

crire à un service d'entretien par le représentant agréé du fabricant, ne peut que constituer une divergence au sens de l'art. 2478 C.c. À l'opposé, la majorité constate que le contrat d'assurance n'a été formé que lors de la livraison de la police, le 10 septembre 1980, puisque ni Grimard ni Gaudet n'étaient les mandataires autorisés des intimés. Le juge Rothman écrit de plus que, de toute façon, la clause 8 ne diverge pas de la proposition mais ne fait qu'y ajouter un élément supplémentaire, qui n'était par ailleurs que raisonnable dans les circonstances.

Nous partageons tous à cet égard la manière de voir du juge de première instance et du juge Chouinard, dissident en Cour d'appel.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir le jugement de première instance faisant droit à l'action de l'appelant, sujet aux modalités qui suivent.

Le jugement de première instance a établi à 303 700 \$ le montant dû. Cependant, par jugement final subséquent, la Cour d'appel condamnait les intimés à payer directement au créancier hypothécaire de l'appelant (la Caisse d'entraide économique de Portneuf) la somme de 114 142,66 \$, plus intérêts, en raison de la présence d'une clause hypothécaire au contrat d'assurance, somme qui a été payée. Il y a donc lieu de déduire ce montant de la condamnation originale de 303 700 \$, laissant un solde de 189 557,34 \$ à être payé, conformément au jugement de première instance, en proportion de 34 p. 100 à Lloyd's of London, représentée au litige par J.A. Madill, 33 p. 100 à La Souveraine, Compagnie d'assurance générale, et 33 p. 100 à Markel Insurance Company of Canada.

Les intimés sont en outre condamnés à payer les intérêts et l'indemnité additionnelle conformément au jugement de première instance, le tout avec les entiers dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gagnon, de Billy & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimé Madill: Robinson, Sheppard & Associés, Montréal.

*Solicitors for the respondents Sovereign and
Markel Insurance Co. of Canada: De Blois,
Parent & Associés, Québec.*

*Procureurs des intimées La Souveraine et
Markel Insurance Co. of Canada: De Blois,
Parent & Associés, Québec.*

Dexter Anthony Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 21545.

1990: May 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Credibility — Reasonable doubt — Reasonable doubt as to accuracy of complainant's evidence on one charge not automatically creating deemed doubt as to truthfulness of everything witness said.

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Mason J. Appeal dismissed.

J. Joseph Markey, for the appellant.

Lindsay MacDonald, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

WILSON J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. MacDonald. The Court is unanimously of the view that the appeal must be dismissed for the reasons given by the majority of the Court of Appeal. However, we do not find it necessary to consider in this case the applicability of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: O'Brien, Devlin, Markey, MacLeod, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Alberta, Calgary.

Dexter Anthony Smith *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 21545.

1990: 4 mai.

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

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

^c *Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Doute raisonnable — Un doute raisonnable sur l'exactitude de la déposition du plaignant relativement à un chef d'accusation ne crée pas nécessairement une présomption de doute au sujet de la véracité de tout ce que le témoin a dit.*

Lois et règlements cités*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

^e POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta rejetant l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Mason. Pourvoi rejeté.

^f *J. Joseph Markey*, pour l'appellant.

Lindsay MacDonald, pour l'intimée.

^g Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE WILSON—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e MacDonald. La Cour, à l'unanimité, est d'avis que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs donnés par la majorité en Cour d'appel. Toutefois nous n'estimons pas utile d'examiner en l'espèce l'applicabilité du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

ⁱ *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appellant: O'Brien, Devlin, Markey, MacLeod, Calgary.

^j *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*

A, B and C Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. A

File No.: 21753.

1990: May 17.

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

ORDER TO RELEASE FILE

Courts — Proceedings — Publicity — In camera hearing in Supreme Court of Canada — File, including judgment and reasons for judgment, ordered sealed to protect the lives of individuals involved — Circumstances which warranted conducting the matter in confidence no longer present — File, including judgment and reasons for judgment, released.

ORDER to release file, including judgment and reasons for judgment rendered by the Supreme Court of Canada.

The following is the order delivered by

THE COURT—On February 15, 1990 this Court made an order which provided that “[a]ll proceedings in this appeal, including the judgment and reasons for judgment, shall be sealed until further order”. That order is now discontinued because the circumstances which warranted it no longer obtain. The history of the matter is set out in these reasons.

On January 11, 1990, an application by Douglas Jaworski, Maureen Jaworski and Reginald Jaworski (referred to as A, B and C respectively) for leave to appeal was heard by five members of this Court. An order that the proceedings be held in camera was granted based on representations that disclosure at that time posed a serious risk to the safety of the applicants Maureen and Reginald Jaworski. This order, which was public, provided in part as follows:

A, B et C Appelants

c.

a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. A

N° du greffe: 21753.

b 1990: 17 mai.

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

c ORDONNANCE DE LEVÉE DES SCELLÉS APPOSÉS À UN DOSSIER

Tribunaux — Procédures — Publicité — Audience à huis clos à la Cour suprême du Canada — Dossier, y compris le jugement et les motifs de jugement, mis sous scellés pour protéger la vie des personnes concernées — Les circonstances justifiant de traiter l'affaire de façon confidentielle ont disparu — Levée des scellés apposés au dossier, au jugement et aux motifs de jugement.

e ORDONNANCE de levée des scellés apposés à un dossier, y compris le jugement et les motifs de jugement prononcés par la Cour suprême du Canada.

f Version française de l'ordonnance rendue par

LA COUR—Le 15 février 1990, la Cour a prononcé une ordonnance prévoyant que «[t]ous les actes de procédure dans le présent pourvoi, y compris le jugement et les motifs de jugement, seront placés sous scellés jusqu'à nouvelle ordonnance à ce sujet». Il est aujourd'hui mis fin à cette ordonnance parce que les circonstances qui la justifiaient ont disparu. Les présents motifs font l'historique de l'affaire.

Le 11 janvier 1990, cinq juges de notre Cour ont entendu une demande d'autorisation de pourvoi présentée par Douglas Jaworski, Maureen Jaworski et Reginald Jaworski (respectivement désignés par les lettres A, B et C). Après avoir entendu les arguments selon lesquels la divulgation des procédures à ce moment-là mettrait en danger la sécurité des requérants Maureen et Reginald Jaworski, la Cour a accordé une ordonnance de huis clos. Cette ordonnance, qui était publique, prévoyait notamment:

The request for an order that no person shall publish or disclose in any way the contents of the Court file is also granted, except, of course, this judgment.

This order further provided that if leave to appeal were granted, the applicants could reapply to the Court for a determination as to whether the appeal itself would be heard in camera.

On January 11, 1990, after hearing argument, leave to appeal was granted, the enforcement of the subpoena was stayed pending appeal, and the hearing of the appeal was set for February 5, 1990 at 10:30 a.m. Subsequently, the hearing date was advanced to February 2, 1990 when that date in the Court's schedule became available.

On February 2, 1990, prior to the hearing of the appeal, an application was made in open court for an order that the appeal be heard in camera and that all proceedings, including the judgment and reasons for judgment, be sealed. After hearing argument and based on oral representations made in open court that disclosure would place in jeopardy the lives or safety of B and C, the Court granted the application. The order granting this application was made in open court as well.

On February 15, 1990, judgment in the appeal was delivered¹, but by reason of the circumstances referred to above, the order of February 2, 1990 was reaffirmed and all proceedings, including the judgment and reasons for judgment, were ordered sealed with the exception that the parties and the judge presiding at the rehearing received a copy of the reasons of the Court.

On April 26, 1990, the parties were notified that unless cause was shown prior to May 11, 1990 why the reasons for judgment of the Court and the proceedings should not be made public, the Court intended to do so. On May 3, 1990, counsel for the appellants, A, B and C, advised the Court that they did not wish to show cause why the Court's order should be continued beyond May 11, 1990. On May 10, 1990, a letter was received from

La demande d'ordonnance interdisant à quiconque de publier ou de révéler de quelque façon la teneur du dossier de la Cour est également accordée, sauf pour ce qui concerne évidemment le présent jugement.

^a Cette ordonnance prévoyait également que, si l'autorisation de pourvoi était accordée, les requérants pourraient demander de nouveau à la Cour de décider si le pourvoi lui-même serait entendu à huis clos.

^b Le 11 janvier 1990, après les plaidoiries, la Cour a donné l'autorisation de pourvoi, a suspendu l'assignation jusqu'à l'issue du pourvoi et a fixé l'audition à 10 h 30 le 5 février 1990. Par la suite, la date de l'audition a été avancée au 2 février 1990, quand un changement au calendrier de la Cour a permis de le faire.

^c Le 2 février 1990, avant l'audition du pourvoi, il a été demandé, en audience publique, que le pourvoi soit entendu à huis clos et que tous les actes de procédure, ainsi que le jugement et les motifs de jugement, soient placés sous scellés. Après avoir entendu les plaidoiries et les arguments présentés oralement, en audience publique, faisant valoir le danger que leur divulgation causerait pour la vie et la sécurité de B et C, la Cour a accordé la requête. L'ordonnance accordant cette requête a également été prononcée en audience publique.

^d Le 15 février 1990, la Cour a rendu son jugement sur le présent pourvoi¹, mais en raison des circonstances susmentionnées, l'ordonnance du 2 février a été confirmée et tous les actes de procédure, ainsi que le jugement et les motifs de jugement ont été mis sous scellés, sur ordonnance de la Cour, les parties et le juge présidant la nouvelle audition ayant toutefois reçu une copie des motifs de la Cour.

^e Le 26 avril 1990, les parties ont été avisées que la Cour avait l'intention de lever les scellés à moins que les parties n'établissent, avant le 11 mai 1990, les raisons pour lesquelles les motifs de jugement et les procédures ne devraient pas être rendus publics. Le 3 mai 1990, l'avocat des appelants A, B et C a informé la Cour qu'ils ne souhaitaient pas faire valoir d'arguments en faveur du maintien de l'ordonnance de la Cour après le 11 mai 1990. Le

¹ See [1990] 1 S.C.R. 995.

¹ Voir [1990] 1 R.C.S. 995.

counsel for the Attorney General of Canada which has been considered by the Court.

It now appears to the Court that the circumstances which warranted conducting this matter in confidence are no longer present. Both the appellants and Crown have been given an opportunity to show cause why this might not be the case, but no valid reason has been shown for continuing the order of February 15, 1990. In light of these developments, the Court is of the view that the details surrounding this proceeding can be made public, and the Court file, including the reasons rendered in the appeal, can be released. It is so ordered.

Order accordingly.

Solicitors for the appellants: Stikeman, Elliott, Toronto.

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

10 mai 1990, une lettre reçue du substitut du procureur général du Canada a été examinée par la Cour.

^a La Cour estime maintenant que les circonstances qui justifiaient de traiter cette affaire de façon confidentielle ont disparu. Les appelants et le ministère public ont eu la possibilité de démontrer que tel n'était pas le cas mais aucune raison valable n'a été donnée pour maintenir l'ordonnance du 15 février 1990. Compte tenu de l'évolution de la situation, la Cour est d'avis que les détails de ces procédures peuvent être rendus publics et que le dossier de la Cour, y compris les motifs prononcés dans le pourvoi, peut être divulgué. Telle est l'ordonnance de la Cour.

Ordonnance en conséquence.

^d *Procureurs des appelants: Stikeman, Elliott, Toronto.*

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

A, B and C Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. A

File No.: 21753.

1990: February 2; 1990: February 15*.

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

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT AND FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Witness compelled to testify in a criminal trial fearing for the security of his parents living outside the country — Whether a remedy under s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms is available to persons living outside Canada.

A has been subpoenaed to testify in a criminal trial. As a result of a perceived threat to the security of the appellants, and in particular to B and C, arising from the testimony to be given, the appellants applied before the Superior Court for an order of *certiorari* to quash the subpoena or, alternatively, for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A was prepared to testify if B and C were protected or if the R.C.M.P. satisfied the court that the protection for B and C was no longer necessary. The Superior Court judge declined to deal with the application on the merits and dismissed it on the grounds firstly, that the subpoena was validly issued and secondly, that B and C were out of the country and a s. 24(1) *Charter* remedy was not available to persons living outside Canada. The Court of Appeal declined to hear appellants' appeal on the basis that it was without jurisdiction. Leave to appeal to this Court was granted not only from the judgment of the Court of Appeal but also from the judgment of the Superior Court. In this Court, the appellants abandoned the request that the subpoena be quashed.

Held (Lamer and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new hearing before a judge of the Superior Court is directed.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The R.C.M.P. undertook to provide protection for A, B and C, three Canadian citizens. The undertaking was given in Canada where A

A, B et C Appellants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

^a RÉPERTORIÉ: R. c. A

N° du greffe: 21753.

1990: 2 février; 1990: 15 février*.

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

^c EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE ET DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Témoin contraint à témoigner à un procès criminel craignant pour la sécurité de ses parents qui vivent à l'étranger — Un redressement en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être accordé à des personnes vivant à l'extérieur du Canada?*

A a été assigné à témoigner à un procès criminel. C'est parce qu'on craignait que la sécurité des appelants, et en particulier B et C, soit mise en danger par ce témoignage que les appelants ont demandé à la Cour supérieure une ordonnance de *certiorari* annulant l'assignation ou, subsidiairement, un redressement fondé sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. A était prêt à témoigner si la protection de B et C était assurée ou si la G.R.C. pouvait convaincre la cour que la protection de B et C n'était plus nécessaire. Le juge de la Cour supérieure a refusé d'examiner la requête au fond et l'a rejetée pour la raison, d'abord, que l'assignation était valide et, en second lieu, que B et C n'étaient pas au Canada et que des personnes vivant à l'extérieur du Canada ne pouvaient bénéficier d'un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. La Cour d'appel, s'estimant sans compétence, a refusé d'entendre l'appel. L'autorisation de pourvoi à notre Cour a été donnée à l'égard non seulement de la Cour d'appel mais également à l'égard de la décision de la Cour supérieure. Devant notre Cour, les appelants ont abandonné la demande d'annulation de l'assignation.

^e *Arrêt* (les juges Lamer et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et une nouvelle audition est ordonnée devant un juge de la Cour supérieure.

^f *Le* juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La G.R.C. s'est engagée à assurer la protection de A, B et C, trois citoyens canadiens. L'engagement a été pris au

* See [1990] 1 S.C.R. 992.

* Voir [1990] 1 R.C.S. 992.

was required to testify. It was due in part to the decision of the R.C.M.P. that B and C found themselves outside Canada when the application was brought. In those circumstances, the Superior Court judge was in error both in failing to consider the safety of the appellants and in finding that in the special circumstances of this case remedies were not available to persons who were out of the country. Since the appellants are now concerned solely with the protection of B and C or that they receive an explanation as to why the protection is no longer required, the Superior Court judge presiding at the rehearing might consider exercising either the inherent jurisdiction of the court or the application of an appropriate *Charter* remedy.

Per Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Sopinka JJ.: The Superior Court judge erred in declining jurisdiction to entertain the application. With respect to the motion to quash the subpoena, clearly the court can control abuse of its own process. The subpoena power can be abused notwithstanding that on its face the subpoena is regular. If, therefore, the conduct of the authorities amounted to an abuse of the use of subpoena powers, some form of relief would have been available. With respect to the *Charter* application, if a breach of s. 7 of the *Charter* had been made out, relief could be granted to the appellants. The threat to B and C affected not only them and the security of their persons, but A as well. Protection for them was relief for A even though the actual physical acts might have been required to be performed outside the jurisdiction.

Per Lamer and McLachlin JJ. (dissenting): The Superior Court judge did not err in declining to grant an order for protection of B and C under s. 24(1) of the *Charter* on the ground that they were outside the country. The force of Canadian law does not generally extend beyond our borders. An order for protection outside those borders would seem incapable of enforcement through our courts; it is a settled principle that a court will not make unenforceable orders. The possibility that an extraterritorial order could be made in appropriate circumstances is not foreclosed. But this case did not establish the foundation of such an order.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764.

Canada où A doit témoigner. C'est en partie à cause de la décision de la G.R.C. que B et C se trouvaient en dehors du Canada quand la requête a été présentée. Dans ces circonstances, le juge de la Cour supérieure a eu tort à la fois de refuser de prendre en considération la sécurité des appelants et de conclure que, dans les circonstances particulières de l'espèce, aucun redressement n'est disponible à des personnes qui se trouvent à l'extérieur du pays. Puisque maintenant les appelants se préoccupent uniquement de la protection de B et C ou de se faire expliquer pourquoi le risque couru est minime, le juge de la Cour supérieure présidant l'audition pourrait considérer la possibilité soit d'exercer la compétence propre au tribunal soit d'appliquer un mode de réparation approprié en vertu de la *Charte*.

Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Sopinka: Le juge de la Cour supérieure a fait erreur en déclinant sa compétence pour entendre la demande. Pour ce qui est de la demande d'annulation de l'assignation, il est évident que le tribunal peut contrôler l'abus de ses procédures. Il peut y avoir abus du pouvoir d'assigner même si, à la lecture, l'assignation paraît régulière. Par conséquent, si la conduite des pouvoirs publics constituait un abus des pouvoirs d'assignation, il aurait été possible d'accorder une réparation. Pour ce qui est de la demande fondée sur la *Charte* si l'on avait établi la présence d'une violation de l'art. 7, les appelants auraient pu obtenir réparation. La menace pesant sur B et C avait une incidence non seulement sur eux-mêmes et leur sécurité mais aussi sur A. Leur protection était un mode de redressement pour A même si cela signifiait qu'il faudrait alors prendre des mesures concrètes et matérielles à l'extérieur du ressort du tribunal.

Les juges Lamer et McLachlin (dissidents): Le juge de la Cour supérieure n'a pas fait erreur en refusant d'accorder une ordonnance de protection de B et C en vertu du par. 24(1) de la *Charte* parce qu'ils n'étaient pas au Canada. En règle générale, le droit canadien n'est pas applicable en dehors de nos frontières. Nos tribunaux ne pourraient assurer l'exécution d'une ordonnance de protection à l'extérieur du Canada; le principe est bien établi qu'une cour ne prononcera pas d'ordonnance qui ne peut être appliquée. Cela n'exclut pas la possibilité de rendre une ordonnance extraterritoriale dans les circonstances appropriées. Toutefois, on n'a pas établi en l'espèce le fondement d'une telle ordonnance.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt mentionné: *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

By Sopinka J.

Referred to: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court¹ and from a judgment of the Quebec Court of Appeal². Appeal allowed, Lamer and McLachlin JJ. dissenting.

Robert Rueter, Michel Décary and RONALDA MURPHY, for the appellants.

Bernard Laprade, David Lucas and Myriam Bordeleau, Q.C., for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—In the circumstances of this case it is not appropriate to describe the factual background. They are unique and are fundamental to the decision reached. It is sufficient to note that there was a perceived danger to the appellants arising from the testimony to be given by one of them who was subpoenaed to testify at a criminal trial.

As a result of the perceived threat, an application by way of *certiorari* was brought to quash the subpoena or, alternatively, for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the material filed, A specifically swore that he was ready to testify either if protection was provided B and C or in the alternative if the R.C.M.P. satisfied the judge hearing the application that the provision of protection for B and C was no longer necessary. It became apparent in this Court that the appellants were not so much concerned with the quashing of the subpoena as with the provision of protection or a satisfactory explanation as to why it was no longer required.

The application was brought before a judge other than the judge presiding at the criminal trial.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

b POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec¹ et un jugement de la Cour d'appel du Québec². Pourvoi accueilli, les juges Lamer et McLachlin sont dissidents.

Robert Rueter, Michel Décary et RONALDA MURPHY, pour les appelants.

Bernard Laprade, David Lucas et Myriam Bordeleau, c.r., pour l'intimée.

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

e LE JUGE CORY—Dans les circonstances de l'es-pèce, il n'est pas opportun de relater les faits. Ils sont exceptionnels et d'une importance fondamentale pour notre décision. Il suffit de dire que l'on craignait que les appelants soient mis en danger par le témoignage que l'un d'eux devait donner à un procès criminel, en vertu d'une assignation.

f C'est en raison de cette crainte qu'on a demandé, par voie de *certiorari*, l'annulation de l'assignation ou, subsidiairement, un redressement fondé sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon les documents produits, A a spécifiquement déclaré sous serment qu'il était prêt à témoigner si la protection de B et de C était assurée ou si la G.R.C. parvenait à convaincre le juge saisi de la requête que la protection de B et de C n'était plus nécessaire. Il est devenu évident devant notre Cour que les appelants se préoccupaient moins de l'annulation de l'assignation que de la protection à fournir ou subsidiairement de se faire expliquer de façon satisfaisante pourquoi la protection n'était plus nécessaire.

j La requête a été présentée à un juge autre que le juge présidant le procès criminel, avec le consente-

¹ Sup. Ct. (Mtl.), No. 500-01-006839-895, January 4, 1990.

² C.A. (Mtl.), No. 500-10-000004-901, January 8, 1990.

¹ C.S. (Mtl.), n° 500-01-006839-895, 4 janvier 1990.

² C.A. (Mtl.), n° 500-10-000004-901, 8 janvier 1990.

This was done with the full consent and agreement of the Crown because of the perceived possible danger to some of the appellants. The judge of first instance hearing the application declined to deal with the application on the merits. He dismissed it on the grounds firstly, that the subpoena was validly issued and secondly, that B and C were out of the country and a s. 24(1) *Charter* remedy was not available to persons living outside Canada.

The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed on the ground that this was an interlocutory order and in light of the decision of this Court in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, no appeal could be brought from such an order. Whether the *Meltzer* decision could be distinguished since the appellant A is a witness not a party and the order is final in its application to him, need not be considered in the circumstance of this case. Leave to appeal to this Court was granted not only from the Court of Appeal but also from the decision of the judge of first instance should that be required.

The effect of the original order may have placed B and C at great possible risk without any explanation offered as to why the R.C.M.P. re-assessed this situation. Pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, an appeal lies to this Court from "any final or other judgment of the highest court . . . , or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case". The order of the judge of first instance was a final one in so far as the appellants are concerned. It is appropriate that jurisdiction be accepted in this case where the lives and safety of persons may be at risk.

The unique and special facts of this case are such that the appeal should be allowed from the decision of the judge of first instance. In this case all the appellants were Canadian citizens. The R.C.M.P. undertook to provide protection for A, B and C. The undertaking was given in Canada where A was required to testify. It was due in part to the decision of the R.C.M.P. that B and C found themselves outside Canada when the application was brought. In those circumstances

ment et le plein accord du ministère public en raison de la crainte concernant le danger que pourraient courir certains des appelants. Le juge de première instance saisi de la requête a refusé de l'examiner au fond. Il l'a rejetée pour la raison, d'abord, que l'assignation était valide et, en second lieu, que B et C étaient à l'extérieur du pays et qu'un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être accordé à des personnes vivant ailleurs qu'au Canada.

La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par les appelants parce qu'il s'agissait d'une ordonnance interlocutoire et qu'en raison de notre arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, on ne pouvait faire appel d'une telle ordonnance. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de nous demander s'il y a une distinction à faire avec l'arrêt *Meltzer* en ce que l'appellant A est un témoin et non une partie et que l'ordonnance est définitive quant à lui. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été donnée à l'égard non seulement de la Cour d'appel mais également, au besoin, à l'égard de la décision du juge de première instance.

L'ordonnance initiale a peut-être mis gravement en danger B et C sans qu'aucune explication ne soit donnée sur la raison justifiant la réévaluation de la situation par la G.R.C. Selon le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, il peut être interjeté appel devant notre Cour de «tout jugement, définitif ou autre, rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité [. . .] à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ce tribunal». L'ordonnance du juge de première instance était définitive en ce qui concernait les appelants. Il convient de nous déclarer compétents en l'espèce puisque la vie et la sécurité de certaines personnes pourraient être en danger.

Les faits exceptionnels et particuliers de l'espèce justifient d'accueillir le pourvoi de la décision du juge de première instance. En l'espèce, tous les appelants sont des citoyens canadiens. La G.R.C. s'est engagée à assurer la protection de A, B et C. L'engagement a été pris au Canada où A doit témoigner. C'est en partie à cause de la décision de la G.R.C. que B et C se trouvaient en dehors du Canada quand la requête a été présentée. Dans ces circonstances, le juge a eu tort à la fois de refuser

the judge was in error both in failing to consider the safety of the appellants and in finding that in the special circumstances of this case remedies were not available to persons who were out of the country. The application must be reheard.

The order directing a rehearing should not in any way be taken as either directing or limiting the discretion of the judge rehearing the application. The appellants have in this Court abandoned the request that the subpoena be quashed. They are concerned solely with the protection of B and C or that they receive an explanation as to why their risk is minimal. In the circumstances, the presiding judge might consider exercising either the inherent jurisdiction of the court or the application of an appropriate *Charter* remedy.

In the course of those considerations the judge rehearing the application might well wish to determine as the first and prime issue whether B and C are at such risk that protection should be provided to them. When considering this matter the judge might come to the conclusion that interim protection should be provided until such time as he or she was satisfied that it was not necessary.

If the judge hearing the matter found that protection was required for B and C, an appropriate order to that effect might be made.

In the result, the appeal is allowed and a new hearing before a judge of the Superior Court is directed. That hearing should be expedited with a view to it being resolved before February 28, 1990. There will be no order as to costs.

The reasons of Lamer and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—This is an appeal from the dismissal of a petition for the issuance of an order of *certiorari*.

The petition claimed two types of relief:

de prendre en considération la sécurité des appelants et de conclure que, dans les circonstances particulières de l'espèce, aucun redressement n'est disponible à des personnes qui se trouvent ailleurs qu'au Canada. La requête doit être entendue de nouveau.

L'ordonnance de nouvelle audition ne doit aucunement être interprétée comme orientant ou restreignant le pouvoir discrétionnaire du juge qui entendra de nouveau la requête. Devant notre Cour, les appelants ont abandonné la demande d'annulation de l'assignation. Ils se préoccupent uniquement de la protection de B et C ou de se faire expliquer pourquoi le risque couru est minime. Dans les circonstances, le juge président l'audition pourra considérer la possibilité soit d'exercer la compétence propre au tribunal soit d'appliquer un mode de réparation approprié en vertu de la *Charte*.

Dans le cours de cet examen, le juge qui réentendra la requête peut vouloir se poser d'abord la question primordiale de savoir si B et C courent un risque tel qu'il faut assurer leur protection. À ce propos, le juge pourrait conclure qu'il y a lieu de fournir une protection à titre temporaire jusqu'à ce qu'on lui démontre que la protection n'est plus nécessaire.

Si le juge entendant la cause conclut que B et C doivent être protégés, il pourra alors rendre l'ordonnance appropriée.

En définitive, le pourvoi est accueilli et une nouvelle audition ordonnée devant un juge de la Cour supérieure. Il faudrait que l'audition ait lieu dans les meilleurs délais de manière à ce que la question soit résolue avant le 28 février 1990. Il n'y aura pas d'ordonnance sur les dépens.

Version française des motifs des juges Lamer et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Nous sommes saisis d'un pourvoi visant le rejet d'une requête en *certiorari*.

Cette requête visait l'obtention de deux types de redressement:

- (1) an order quashing or rendering non-enforceable a subpoena which had been issued against A to testify in a criminal trial;
- (2) "... any other remedy which is just and appropriate in the circumstances of a violation of a *Charter* right", i.e. an order under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The judge of first instance refused the relief sought, stating:

1. *Certiorari* does lie where there is absence or excess of jurisdiction. Mr. Décary, acting for the three petitioners, agrees that the subpoena meets the criterias listed in section 698 of the Criminal Code.
2. A remedy under section 24 of the Charter is not available to persons living outside Canada, who have nothing to do with the proceedings undertaken ...

The Court of Appeal declined to hear the appeal on the basis that it was without jurisdiction.

Leave to appeal to this Court was granted from both the judge of first instance (*per saltum*) and the Court of Appeal. I proceed on the basis that this appeal is taken from the reasons of the judge of first instance, in order to avoid the jurisdictional issues which troubled the Court of Appeal.

The case presented to this Court bore little resemblance to that before the judge below. While it is not entirely clear, the thrust of the proceedings before him was first to quash the subpoena and, alternatively, to provide protection for B and C outside Canada. Before us, the request that the subpoena be quashed was abandoned. Nothing was said about providing protection for A's parents, B and C, at their residence outside Canada. Rather, this Court was asked to make an order requiring the R.C.M.P. to pay for the return of B and C to Canada and to reimburse them for the sale of their business outside Canada and the loss of income associated with that. Thus, what began as a criminal proceeding for an order of *certiorari*, where the issue would be confined to jurisdiction, was transformed before this Court to something more akin

- (1) une ordonnance annulant ou rendant inopérante l'assignation de A à témoigner dans un procès criminel;
- (2) [TRADUCTION] « ... toute autre réparation juste et appropriée dans les circonstances d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* », c.-à-d. une ordonnance en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge de première instance a refusé le redressement demandé, en déclarant ceci:

- [TRADUCTION] 1. On peut accorder un *certiorari* pour les cas d'absence ou d'excès de compétence. M^e Décary, au nom des requérants, admet que l'assignation satisfait aux exigences prévues à l'art. 698 du Code criminel.
2. On ne peut accorder une réparation en vertu de l'art. 24 de la Charte à des personnes vivant à l'extérieur du Canada, et n'ayant rien à voir dans les procédures engagées ...

La Cour d'appel, s'estimant sans compétence, a refusé d'entendre l'appel.

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée à la fois à l'égard du jugement de première instance (saisine directe) et de celui de la Cour d'appel. J'examinerai le pourvoi en l'espèce comme s'il visait uniquement les motifs prononcés par le juge de première instance, afin d'éviter les questions juridictionnelles qui préoccupaient la Cour d'appel.

La cause présentée devant notre Cour ressemblait peu à celle présentée à la juridiction inférieure. Bien que cela ne soit pas parfaitement clair, le principal des procédures devant le juge de première instance visait à annuler l'assignation et, subsidiairement, à assurer la protection de B et C à l'extérieur du Canada. Devant notre Cour, la demande d'annulation de l'assignation a été abandonnée et la protection des parents de A, c.-à-d. B et C, à l'étranger, n'a pas été mentionnée. On a plutôt demandé à notre Cour de prononcer une ordonnance imposant à la G.R.C. de payer les frais de retour de B et C au Canada et de les rembourser pour la vente de leur entreprise à l'étranger, ainsi que la perte de revenus correspondante. Ainsi, ce qui a débuté comme procédure criminelle en vue d'obtenir un *certiorari*, se limitant à la

to a civil claim for damages, injunctive relief, and specific performance of a contract.

For the purposes of this case, I am prepared to assume that a document entitled "Petition for an Order for Certiorari", which *prima facie* concerned only with jurisdiction can provide the basis for a claim for protection of a witness under s. 24(1) of the *Charter*.

This brings me to the question of whether the judge erred. I need not consider whether the judge erred in refusing to quash the subpoena, since the challenge on that point has been withdrawn.

Thus the only question is whether the judge erred in holding that the remedy sought under s. 24(1) of the *Charter* could not be granted to persons living outside Canada.

It will be observed that the issue is not whether Canadians' *Charter* rights exist outside Canada, but the much narrower question of whether the particular remedies sought in this case can be provided outside the country.

I confess to difficulty in seeing how a judge could effectively order that protection be provided for persons living outside Canada. Generally speaking, the force of Canadian law does not extend beyond our borders. An order for protection outside those borders would seem incapable of enforcement through our courts; it is a settled principle that the Court will not make unenforceable orders. I do not wish to be taken as foreclosing the possibility that in appropriate circumstances extraterritorial orders could be made. But the material before us on this critical issue in the case does not establish the foundation for such an order, in my view. For this reason, I cannot conclude that the judge erred in declining to grant an order for protection of B and C under s. 24(1) on the ground that they were outside the country. I observe that the question of whether protection could be provided in Canada, should B and C choose to return, appears not to have been raised before the judge.

question de la compétence, s'est transformé devant notre Cour en une demande plus proche de l'action civile en dommages-intérêts, en injonction et en exécution intégrale de contrat.

^a Pour les fins de la cause, je suis prête à présumer que le document intitulé [TRADUCTION] «Requête en certiorari», qui à première vue concernait uniquement la question de compétence, peut fonder aussi une demande de protection d'un témoin en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

^b Ceci m'amène à la question de savoir si le juge a fait erreur. Je n'ai pas besoin de me demander si le juge a eu tort de refuser d'annuler l'assignation, puisque la contestation de ce point a été retirée.

^c La seule question à trancher est donc de savoir si le juge a fait erreur en concluant que la réparation recherchée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne pouvait être accordée à des personnes vivant ailleurs qu'au Canada.

^d Soulignons que la question n'est pas de savoir si les droits que la *Charte* confère aux Canadiens existent ailleurs qu'au Canada, mais de façon beaucoup plus limitée si les redressements spécifiquement recherchés en l'espèce peuvent être accordés à l'extérieur du Canada.

^e J'avoue avoir de la difficulté à saisir comment un juge pourrait donner effet à un ordre de protéger des personnes vivant ailleurs qu'au Canada. En règle générale, le droit canadien n'est pas applicable au-delà de nos frontières. Nos tribunaux ne pourraient assurer l'exécution d'une ordonnance de protection à l'extérieur du Canada; le principe est bien établi que la Cour ne prononcera pas d'ordonnance qui ne peut pas être appliquée. Je ne veux pas dire par là que j'exclus la possibilité de rendre des ordonnances extraterritoriales dans des circonstances appropriées. Mais, à mon avis, la preuve présentée en l'espèce sur ce point crucial ne peut fonder une telle ordonnance. C'est pour cette raison que je ne peux conclure que le juge a fait erreur en refusant d'accorder l'ordonnance de protection demandée pour B et C en vertu du par. 24(1) parce que ces derniers vivaient ailleurs qu'au Canada. Je ferai observer en outre que la question de savoir si la protection pourrait être fournie au Canada, si B et C décidaient d'y revenir, ne semble pas avoir été soulevée devant le juge.

The larger question of compensation also appears not to have been submitted to the trial judge. This is a complex issue which is dependent on a canvass of the relevant evidence to determine: (a) the legal nature of the agreement or undertaking relied on; (b) whether the agreement has been breached (the parties disagree on whether a risk requiring the protection of B and C has arisen); and (c) the amount of the compensation. Additionally, questions may arise about the power of a superior court of Quebec to grant such relief in the proceeding as it now stands. It would not be appropriate for this Court to embark on consideration of these questions in the absence of a hearing on them by a judge of first instance.

In summary, sympathetic as I am to the application of A, B and C, I am unable to conclude that the judge of first instance erred in declining the relief sought, given the basis upon which the matter was presented to him. I would therefore dismiss the appeal.

These reasons should not be taken as foreclosing further applications for relief by the applicants, A, B and C in the proper manner and to the proper courts.

The reasons of Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Cory J., and agree with his disposition of this matter. In view, however, of the unusual nature of the case and the likelihood that these situations will recur, I wish to add some observations of my own.

An application was made to Paul J. for relief arising out of a perceived threat to the security of the persons of the appellants, and in particular B and C. A has been subpoenaed by the Crown to testify in a criminal proceeding against certain individuals. The perceived threat arises out of this fact and conduct on the part of A preceding the issue of a subpoena. The facts with respect to the existence of a threat and the need for protection are in dispute and no resolution was made by

Il semble par ailleurs que l'on n'ait pas soumis au juge de première instance la question plus large de l'indemnisation. Il s'agit d'une question complexe dont la réponse dépend d'un examen de la preuve pertinente afin de déterminer: a) la nature juridique de l'entente ou de l'engagement en cause; b) s'il y a eu violation de l'entente (les parties ne sont pas d'accord sur la question de l'existence d'un risque justifiant la protection de B et C); et c) le montant de l'indemnisation. De plus, certaines questions pourraient se poser quant au pouvoir d'une cour supérieure du Québec d'accorder une telle réparation dans l'état actuel des procédures. Notre Cour ne devrait pas se lancer dans l'examen de ces questions qui n'ont pas été entendues par le juge de première instance.

En résumé, indépendamment de la sympathie que j'éprouve pour A, B et C, je ne puis conclure que le juge de première instance a fait erreur en refusant le redressement demandé, compte tenu du fondement sur lequel l'affaire lui a été présentée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Les présents motifs ne devraient pas être interprétés comme empêchant les requérants A, B et C de présenter d'autres demandes de redressement, de façon appropriée et devant des tribunaux compétents.

Version française des motifs des juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Cory et je suis d'accord avec le dispositif qu'il propose. Étant donné toutefois le caractère inhabituel de l'affaire et la probabilité que de telles situations surviennent de nouveau, je souhaite ajouter quelques remarques personnelles.

Le juge Paul a été saisi d'une demande de redressement qui résultait de la crainte que la sécurité des appelants, et en particulier B et C, soit menacée. A avait été assigné à témoigner par le ministère public dans des procédures criminelles engagées contre certains individus. Le danger perçu résulte de cela ainsi que de la conduite adoptée par A avant la délivrance de l'assignation. Les faits concernant l'existence d'une menace et le besoin de protection sont contestés et le juge Paul

Paul J. It is not possible for this Court to come to an affirmative conclusion in this regard.

There were three alternative bases upon which to found the jurisdiction of the judge of first instance, Paul J.:

- (1) a motion to quash the subpoena;
- (2) a *Charter* application under s. 7 complaining of governmental action by the R.C.M.P.;
- (3) a claim for witness protection invoking the inherent jurisdiction of the court.

It would appear that only (1) and (2) were relied on before Paul J. who held that *certiorari* did not apply and that *Charter* relief was not available. The Court of Appeal did not deal with the jurisdiction of Paul J. because it was of the opinion that no appeal lay to it. This Court granted leave to appeal directly from the decision of Paul J. and we need not concern ourselves with the jurisdiction of the Court of Appeal. Clearly, we have jurisdiction and are entitled to entertain the appeal: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536. Furthermore, we are entitled to provide relief if Paul J. erred.

In my opinion, Paul J. erred in declining jurisdiction. Either one of the two bases referred to above was sufficient to enable him to entertain the application. As to (1), clearly the court can control abuse of its own process. The subpoena power can be abused notwithstanding that on its face the subpoena is regular. If, therefore, the conduct of the authorities amounted to an abuse of the use of subpoena powers, some form of relief would have been available. Similarly, as to (2), if a breach of s. 7 had been made out, relief could be granted to the applicants. The threat to B and C affected not only them and the security of their persons, but A as well. Protection for them was relief for A even though the actual physical acts might have been required to be performed outside the jurisdiction.

n'a pas tranché la question. Il est impossible pour la Cour de parvenir à une conclusion positive à ce sujet.

^a La compétence du juge de première instance, le juge Paul, reposait sur trois fondements distincts:

- (1) la requête en annulation de l'assignation;
- ^b (2) la requête fondée sur l'art. 7 de la *Charte* contestant un acte gouvernemental posé par la G.R.C.;
- ^c (3) la demande de protection d'un témoin fondée sur la compétence inhérente de la cour.

^d Il semble que l'on ait invoqué seulement les moyens (1) et (2) devant le juge Paul qui a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'accorder de *certiorari* ni de redressement fondé sur la *Charte*. La Cour d'appel n'a pas traité de la question de la compétence du juge Paul parce qu'elle estimait qu'elle n'avait pas compétence en appel. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi de la décision du juge Paul directement et nous n'avons pas à nous préoccuper de la question de la compétence de la Cour d'appel. Il est évident que nous avons compétence pour entendre le présent pourvoi: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536. Nous sommes de ^f plus en droit d'accorder réparation si nous concluons que le juge Paul a fait erreur.

^g À mon avis, le juge Paul a fait erreur en déclinant sa compétence. Un des deux fondements susmentionnés suffisait pour l'autoriser à examiner la requête. Pour ce qui est de (1), il est évident qu'un tribunal peut contrôler l'abus de ses procédures. Il peut y avoir abus du pouvoir d'assigner même si, à la lecture, l'assignation paraît régulière. Par conséquent, si la conduite des pouvoirs publics constituait un abus des pouvoirs d'assignation, il aurait été possible d'accorder réparation. De même, pour ce qui est de (2), si l'on avait établi la présence ^h d'une violation de l'art. 7, les requérants auraient pu obtenir réparation. La menace pesant sur B et C avait une incidence non seulement sur eux-mêmes et leur sécurité, mais aussi sur A. Leur protection était un mode de redressement pour A ⁱ même si cela signifiait qu'il faudrait alors prendre des mesures concrètes et matérielles en dehors du ressort du tribunal. ^j

I would have thought that central to the relief sought was the postponement of A's obligation to testify pending the determination of what protection, if any, should be afforded. In this Court, however, that claim was abandoned and the relief that Cory J. has ordered is the only appropriate relief. One can only resort to an exhortation to all concerned that the matter be dealt with before A is required to testify.

Appeal allowed, LAMER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Stikeman, Elliott, Toronto.

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

À mon sens, l'aspect crucial du redressement recherché consistait à demander que l'obligation pour A de témoigner soit retardée jusqu'à ce que soit décidé le genre de protection à assurer, le cas échéant. Toutefois, cette demande a été abandonnée devant notre Cour et le redressement accordé par le juge Cory est le seul approprié. Il ne nous reste plus qu'à exhorter tous les intéressés à régler cette affaire avant que A soit obligé de témoigner.

Pourvoi accueilli, les juges LAMER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs des appelants: Stikeman, Elliott, Toronto.

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

Claude Douglas Fitzgibbon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Law Society of Upper Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. FITZGIBBON

File No.: 19489.

1990: January 23; 1990: May 17.

Present: Dickson C.J. and Lamer, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Compensation order — Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds — Compensation order made without consent of bankruptcy court — Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 653 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 49(1), 148.

Criminal law — Compensation order — Lawyer misappropriating funds — Law Society Compensation Fund paying victims — Whether or not Law Society a "person aggrieved".

Bankruptcy — Compensation order made as part of sentence under Criminal Code — Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds — Compensation order made without consent of Bankruptcy Court — Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code.

Appellant, a lawyer, misappropriated funds entrusted to him and the Law Society compensated his clients out of its Compensation Fund. The appellant pleaded guilty to three counts of fraud and one count of breach of trust, acknowledged the amounts owing to his clients, and was sentenced to a prison term. As an integral part of his sentence, he was ordered to reimburse the Law Society and to pay a client (Gatien) the amount by which his losses exceeded the maximum allowable claim

Claude Douglas Fitzgibbon *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a

et

La Société du barreau du Haut-Canada *Intervenante*

^b

RÉPERTORIÉ: R. c. FITZGIBBON

N° du greffe: 19489.

1990: 23 janvier; 1990: 17 mai.

^c

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

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

^d

Droit criminel — Ordonnance de dédommagement — Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées — Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite — Le consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 653 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 49(1), 148.

^f

Droit criminel — Ordonnance de dédommagement — Détournement de fonds par un avocat — Remboursement des victimes par le régime d'indemnisation de la Société du barreau — La Société du barreau est-elle une «personne lésée»?

^g

Faillite — Ordonnance de dédommagement rendue dans le cadre du prononcé de la peine en vertu du Code criminel — Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées — Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite — Le consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel?

^h

ⁱ

L'appelant, qui était avocat, a détourné des fonds qui lui avaient été confiés et la Société du barreau a indemnisé ses clients sur son Fonds d'indemnisation. L'appelant a plaidé coupable sous trois chefs d'accusation de fraude et un chef d'accusation d'abus de confiance, a reconnu les montants d'argent dus à ses clients et a été condamné à l'emprisonnement. Comme partie de sa peine, il a été condamné à rembourser la Société du barreau et à verser à un client (Gatien) la différence

^j

payable by the Compensation Fund. Appellant was an undischarged bankrupt at the time. Leave of the bankruptcy court was not sought before the sentence was pronounced. The Court of Appeal, apart from a minor variation, dismissed an appeal from the sentence and the compensation order in favour of the Law Society and Gatien.

At issue here were: (1) whether consent had to be obtained from the bankruptcy court, pursuant to s. 49(1) (now s. 69(1)) of the *Bankruptcy Act*, before a valid compensation order could be made pursuant to s. 653 (now s. 726) of the *Criminal Code* as part of the sentence pronounced against an undischarged bankrupt; (2) whether the Law Society was a "person aggrieved" within the meaning of s. 653 of the *Criminal Code*; and (3) whether a compensation order should have been made in favour of Gatien.

Held: The appeal should be dismissed.

A compensation order can be made pursuant to s. 653(1) of the *Criminal Code* without obtaining the consent of the bankruptcy court. The beneficiaries of the compensation order, however, must obtain the consent of the bankruptcy court when they seek to register it in a Superior Court of a province pursuant to s. 653(2).

In making a compensation order, an offender's means should be taken into account but should not be the controlling factor in every case. Here, the sentencing judge was aware that the appellant was an undischarged bankrupt and nevertheless properly exercised his discretion to make the order. The fraudulent acts of a lawyer directed against his own clients warranted its imposition even though the lawyer's means were minimal at the time of sentencing. The claims of the victims of fraudulent acts should be paramount. The *Bankruptcy Act* permits the claims of fraud to survive the discharge of a bankrupt: s. 148 provides that a bankrupt is not released from any debt or liability arising out of a fraudulent act committed while acting in a fiduciary capacity. Being an undischarged bankrupt should not allow a person to avoid the imposition of a compensation order as part of sentence.

Section 653 of the *Criminal Code* maintains and recognizes the distinction between the criminal and the civil aspects of compensation orders. A compensation order is an order made against the person of the offend-

entre sa perte et l'indemnité maximale autorisée par le Fonds d'indemnisation. L'appelant était un failli non libéré à ce moment-là. L'autorisation du tribunal de faillite n'a pas été demandée avant le prononcé de la peine. La Cour d'appel, sous réserve de modifications mineures, a rejeté l'appel interjeté contre la peine et l'ordonnance de dédommagement en faveur de la Société du barreau et de Gatien.

Le pourvoi soulève les questions suivantes: (1) est-il nécessaire d'obtenir le consentement du tribunal de faillite conformément au par. 49(1) (aujourd'hui le par. 69(1)) de la *Loi sur la faillite*, pour rendre légalement une ordonnance de dédommagement en vertu de l'art. 653 (aujourd'hui l'art. 726) du *Code criminel* comme partie de la peine imposée à un failli non libéré? (2) la Société du barreau est-elle une «personne lésée» au sens de l'art. 653 du *Code criminel*? et (3) y avait-il lieu de rendre une ordonnance de dédommagement en faveur de Gatien?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une ordonnance de dédommagement peut être rendue conformément au par. 653(1) du *Code criminel* sans le consentement du tribunal de faillite. Les bénéficiaires de l'ordonnance de dédommagement doivent cependant obtenir le consentement du tribunal de faillite au moment où ils veulent produire l'ordonnance en Cour supérieure conformément au par. 653(2).

Avant de rendre une ordonnance de dédommagement, il y a lieu de tenir compte des ressources financières du contrevenant, mais cela ne doit pas être un facteur déterminant dans tous les cas. En l'espèce, le juge qui a déterminé la peine savait que l'appelant était un failli non libéré et il a néanmoins valablement exercé son pouvoir discrétionnaire de rendre cette ordonnance. La fraude d'un avocat envers ses propres clients justifie une ordonnance de dédommagement même si les moyens financiers de l'avocat lors du prononcé de la peine sont très restreints. Les réclamations des victimes d'actes de fraude doivent prévaloir. La *Loi sur la faillite* permet que les réclamations fondées sur la fraude subsistent après la libération du failli: l'art. 148 établit comme règle que la libération d'un failli ne le libère pas des dettes ou des responsabilités qui découlent d'actes frauduleux commis alors qu'il agissait à titre de fiduciaire. Le fait d'être un failli non libéré ne devrait pas permettre à une personne de se soustraire à une ordonnance de dédommagement imposée à titre de peine.

L'article 653 du *Code criminel* consacre la distinction entre l'aspect civil et l'aspect criminel des ordonnances de dédommagement. Une ordonnance de dédommagement est une ordonnance rendue contre la personne du

er, imposing upon him or her an obligation to pay the amount ordered. Only when the compensation order is filed with the Superior Court of the province does it become an order enforceable against the person and property of the offender.

Section 49(1) of the *Bankruptcy Act* provides that no remedy or action may be taken against a bankrupt without leave of the court in bankruptcy and accordingly maintains an orderly and fair disposition of the bankrupt's assets and property. The section does not prohibit the making of a compensation order but it precludes the enforcement of the compensation order and so prevents the granting of the very priorities which the *Bankruptcy Act* seeks to avoid. If the beneficiaries of the order were to seek to execute the order and attach the property of the bankrupt, pursuant to the provision of s. 653(2), the trustee in bankruptcy would have to be notified and the consent of the bankruptcy court obtained pursuant to s. 49(1) before the execution of the order could proceed.

The Law Society attempted to simplify the task for the defrauded client by making payment on behalf of the dishonest solicitor upon proof of the victim's claim. It should not be penalized for doing so. Section 57(1) of the *Law Society Act* provides that the Law Society is to be subrogated to the rights of the victim and common law principles and sound policy reasons support subrogation as well.

Gatien should be compensated for the balance of his claim. There was no conceivable basis for claiming that partial payment of compensation by the Law Society precluded any further claims by Gatien.

Cases Cited

Considered: *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *R. v. Scherer* (1984), 16 C.C.C. (3d) 30; *In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des Sessions de la Paix*, [1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 40, 49(1), 148.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 653(1), (2).
Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 51(7).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 5. *Restitution and Compensation*. Ottawa: Information Canada, 1974.

contrevenant qui lui impose l'obligation de verser les sommes indiquées. Ce n'est que lorsque l'ordonnance de dédommagement est produite à la Cour supérieure de la province qu'elle devient exécutoire contre la personne et les biens du contrevenant.

a Le paragraphe 49(1) de la *Loi sur la faillite* prescrit que nul recours ou action ne peut être exercé contre un failli sans l'autorisation du tribunal de faillite et permet ainsi une distribution ordonnée et équitable des biens du failli. Ce paragraphe n'interdit pas de prononcer une ordonnance de dédommagement mais empêche son exécution et ainsi l'attribution des préférences que la *Loi sur la faillite* cherche précisément à éviter. Si les bénéficiaires de l'ordonnance demandent l'exécution et la saisie des biens du failli, conformément au par. 653(2), ils doivent alors aviser le syndic de faillite et obtenir le consentement du tribunal de faillite conformément au par. 49(1) avant de pouvoir obtenir l'exécution de l'ordonnance.

d La Société du barreau a voulu simplifier la tâche des clients victimes de fraude en les indemnisant pour le compte de l'avocat malhonnête, sur preuve de leurs réclamations. La Société ne devrait pas être pénalisée pour avoir agi de la sorte. Le paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Société du barreau* prévoit que la Société doit être subrogée aux droits des clients victimes. Les règles de common law et de solides raisons de principe justifient aussi la subrogation.

f Gatien a le droit d'être indemnisé du solde de sa réclamation. On ne peut concevoir de motif valable pour soutenir que l'indemnisation partielle versée par la Société du barreau empêche toute autre réclamation de la part de Gatien.

g Jurisprudence

h **Arrêts examinés:** *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *R. v. Scherer* (1984), 16 C.C.C. (3d) 30; *In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des Sessions de la Paix*, [1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 653(1), (2).
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 40, 49(1), 148.
i *Loi sur la Société du barreau*, L.R.O. 1980, ch. 233, art. 51(7).

Doctrine citée

j Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 5. *Le dédommagement et l'indemnisation*. Ottawa: Information Canada, 1974.

Duncan, Lewis. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. By Lewis Duncan and John D. Honsberger. Toronto: Canadian Legal Authors, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a compensation order made by Evans C.J. pursuant to the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Peter-Paul E. Du Vernet, for the appellant.

Brian Gover, for the respondent.

Stephen E. Traviss and *Heather A. Werry*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—On the sentencing of an individual who is an undischarged bankrupt, can an order be made by a judge of the criminal court for the restitution of amounts acknowledged to have been defrauded or stolen from victims without giving notice to the trustee in bankruptcy and obtaining the consent of the bankruptcy court? The answer given to the question will resolve this appeal.

Factual Background

The appellant, a lawyer, misappropriated funds entrusted to him. He defrauded and stole money from his clients. In most instances, the appellant assured his clients that he would be placing their money in secure mortgages when in fact he invested their funds in property which had little or no equity. On other occasions, the appellant used his clients' funds, such as the \$70,000 entrusted to him by Rudolph Gatien, to make fake "mortgage" payments to other clients.

Disciplinary proceedings were taken against Fitzgibbon, who was permitted to resign his membership in the Law Society of Upper Canada. Claims for compensation were made by his clients to the Law Society. The Law Society authorized payments totalling \$359,204.28 out of its Compensation Fund. The sum was paid to 26 claimants, 19 of whom were the victims of the crimes of breach of trust and fraud which Fitzgibbon was convicted

Duncan, Lewis. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. By Lewis Duncan and John D. Honsberger. Toronto: Canadian Legal Authors, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel contre une ordonnance de dédommagement rendue en vertu du *Code criminel* par le juge en chef Evans. Pourvoi rejeté.

Peter-Paul E. Du Vernet, pour l'appellant.

Brian Gover, pour l'intimée.

Stephen E. Traviss et *Heather A. Werry*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Lorsqu'il prononce la peine imposée à une personne qui se trouve être un failli non libéré, le juge d'une cour criminelle peut-il ordonner la restitution de montants reconnus comme volés ou escroqués aux victimes, sans aviser le syndic de faillite ni obtenir le consentement du tribunal de faillite? L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse à cette question.

Les faits

L'appellant, qui était avocat, a détourné des fonds qui lui avaient été confiés. Il a escroqué de l'argent à ses propres clients. Dans la plupart des cas, l'appellant avait donné à ses victimes l'assurance qu'il placerait leur argent dans des hypothèques sûres alors qu'il l'investissait dans des biens qui avaient une valeur nette faible ou inexistante. Dans d'autres cas, l'appellant a utilisé des fonds appartenant à ses clients, tels les 70 000 \$ que Rudolph Gatien lui avait confiés, pour faire à d'autres clients des versements mensuels sur des prêts hypothécaires fictifs.

Des procédures disciplinaires ont été engagées contre Fitzgibbon, qui a été autorisé à démissionner comme membre de la Société du barreau du Haut-Canada. Ses clients ont demandé un dédommagement à la Société du barreau et cette dernière a versé des indemnités s'élevant au total à 359 204,28 \$ sur son Fonds d'indemnisation. Ces sommes ont été versées à 26 demandeurs, dont 19 étaient les victimes d'abus de confiance et de

of committing. Included in the award of compensation was \$25,000 for Rudolph Gatien. Although Gatien had entrusted \$70,000 to Fitzgibbon, the Law Society had fixed a limit of \$25,000 for each claimant seeking to recover funds advanced to dishonest solicitors prior to the June 1, 1979. Gatien fell within this category. He therefore personally brought a claim against the appellant for the remaining sum of \$45,000.

The appellant was charged with three counts of fraud and one count of breach of trust. Fitzgibbon acknowledged the amounts owing to his clients, pleaded guilty to the charges and was sentenced to three and one-half years imprisonment. As an integral part of his sentence he was ordered to pay by way of compensation the sum of \$359,204.28 to the Law Society and \$45,000 to Rudolph Gatien. The order for compensation was made pursuant to the provisions of s. 653 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 725). At the time of his sentencing the appellant was an undischarged bankrupt. The statement of affairs in his bankruptcy showed the debts due to Gatien and his other clients. No proceedings seeking leave of the bankruptcy court pursuant to the provisions of s. 49 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (now R.S.C., 1985, c. B-3, s. 69), were taken before the sentence was pronounced.

Decision of the Court of Appeal

Martin J.A., for a unanimous Court of Appeal, observed that the Law Society had paid compensation from its Compensation Fund to the clients of Fitzgibbon. As a result, pursuant to the provisions of s. 51(7) of the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233, it was thereby subrogated to the rights of those client claimants. He determined that the Law Society was a "person aggrieved" within the meaning of those words as set out in s. 653 of the *Criminal Code*. He therefore found that the trial judge was correct in making the compensation order in favour of the Law Society.

Martin J.A. further determined that a compensation order was an integral part of the sentencing

fraudes dont Fitzgibbon avait été reconnu coupable. Ces indemnités comprennent une somme de 25 000 \$ versée à Rudolph Gatien. Bien que Gatien ait confié 70 000 \$ à Fitzgibbon, le barreau avait fixé un plafond individuel de 25 000 \$ pour les indemnités versées aux personnes cherchant à recouvrer des sommes versées à des avocats malhonnêtes avant le 1^{er} juin 1979. Gatien appartient à cette catégorie. Il poursuit personnellement l'appelant pour le solde de 45 000 \$.

L'appelant a été inculpé sous trois chefs d'accusation de fraude et un chef d'accusation d'abus de confiance. Fitzgibbon a reconnu les montants dus à ses clients, il a plaidé coupable sous tous les chefs d'accusation et a été condamné à trois ans et demi d'emprisonnement. Comme partie de la peine imposée, il a été condamné à rembourser la somme de 359 204,28 \$ à la Société du barreau du Haut-Canada et 45 000 \$ à Rudolph Gatien. L'ordonnance de dédommagement a été rendue en vertu de l'art. 653 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34 et ses modifications (aujourd'hui L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 725). Au moment de l'imposition de la peine, l'appelant était un failli non libéré. Le bilan de sa faillite indique des montants dus à Gatien et à d'autres clients. Aucune démarche n'avait été faite avant le prononcé de la peine pour obtenir l'autorisation du tribunal de faillite, selon les dispositions de l'art. 49 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (aujourd'hui L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 69).

L'arrêt de la Cour d'appel

Le juge Martin, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, a fait observer que la Société du barreau avait indemnisé les clients de Fitzgibbon sur son fonds d'indemnisation. En conséquence, en vertu du par. 51(7) de la *Loi sur la Société du barreau*, L.R.O. 1980, ch. 233, la Société était subrogée aux droits des clients indemnisés. Il a conclu que la Société du barreau était une «personne lésée» au sens de l'art. 653 du *Code criminel*. Il a donc conclu que le juge du procès avait eu raison de rendre l'ordonnance de dédommagement en faveur de la Société du barreau.

Le juge Martin a jugé de plus que l'ordonnance de dédommagement faisait partie intégrante du

process. He decided that it was not an action, execution or other proceeding for the recovery of a claim provable in bankruptcy within the meaning of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*. Accordingly, he concluded that it was not necessary to seek and obtain the leave of the bankruptcy court before a compensation order could be made in the sentencing process.

Although it is true that a compensation order takes effect as a civil judgment, Martin J.A. held that the actual making of the order itself did not confer a preference upon the Law Society or Gatien. Rather, it operated so as to rank the Law Society and Gatien with the other unsecured creditors of Fitzgibbon in the bankruptcy proceedings. However, he did observe that enforcement of the compensation order by execution might result in creating such a preference. He also noted that s. 148 of the *Bankruptcy Act* provides that the discharge of a bankrupt does not release him from any debt or liability arising out of a fraudulent act committed by him while acting in a fiduciary capacity. As a result, the order against Fitzgibbon could still be enforced following his discharge from bankruptcy after he had been properly credited with the dividends received from the trustee in bankruptcy.

Martin J.A. noted that five of the claimants against the Law Society Compensation Fund had not been victims of the charges before the court and he therefore deducted their claims totalling \$30,313.71 from the total amount awarded to the Law Society under the compensation order. Apart from that variation, he dismissed the appeals from the making of the compensation order in favour of the Law Society and Gatien.

Issues

- (1) Must consent be obtained from the bankruptcy court pursuant to s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* before a valid compensation order can be made pursuant to s. 653 of the *Crimi-*

processus de détermination de la peine. Il a affirmé qu'elle ne constituait pas une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite au sens du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*. En conséquence, il a décidé qu'il n'était pas nécessaire de demander ni d'obtenir l'autorisation du tribunal de faillite avant de rendre une ordonnance de dédommagement dans le cadre du prononcé d'une peine.

Selon le juge Martin, bien qu'une ordonnance de dédommagement soit exécutoire comme un jugement civil, l'ordonnance elle-même n'accorde pas de priorité de rang à la Société du barreau ou à Gatien. Elle a plutôt l'effet d'accorder à la Société du barreau et à Gatien le même rang que les autres créanciers non garantis de Fitzgibbon dans les procédures de faillite. Cependant, il a fait remarquer que l'exécution forcée de l'ordonnance de dédommagement pourrait entraîner la création d'une telle priorité de rang. Il a aussi signalé que l'art. 148 de la *Loi sur la faillite* prévoyait que la libération d'un failli ne le libérait pas de ses dettes ou obligations qui découlaient d'actes frauduleux commis à titre de fiduciaire. En conséquence, l'ordonnance rendue contre Fitzgibbon pourrait être exécutée même après sa libération comme failli quand il aurait reçu crédit pour les reliquats de comptes du syndic de faillite.

Le juge Martin a aussi signalé que cinq des demandeurs auprès du Fonds d'indemnisation de la Société du barreau n'étaient pas des victimes des actes criminels jugés par la cour et il a donc déduit la somme de 30 313,71 \$ du montant total du dédommagement accordé à la Société du barreau en vertu de l'ordonnance. Sauf pour cette modification, il a rejeté les appels interjetés contre l'ordonnance de dédommagement rendue en faveur de la Société du barreau et de Gatien.

i Les questions en litige

- (1) Est-il nécessaire d'obtenir le consentement du tribunal de faillite conformément au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, avant de pouvoir rendre légalement une ordonnance de dédommagement conformément à l'art. 653

nal Code as part of the sentence pronounced against an undischarged bankrupt?

- (2) Is the Law Society a “person aggrieved” within the meaning of s. 653 of the *Criminal Code*?
- (3) Should a compensation order have been made in favour of Rudolph Gatién in the amount of \$45,000?

Issue (1)

- (1) Must consent be obtained from the bankruptcy court pursuant to s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* before a valid compensation order can be made pursuant to s. 653 of the *Criminal Code* as part of the sentence pronounced against an undischarged bankrupt?

At the outset, something should be said of the nature of the compensation order and its place in sentencing as an integral and vitally important part of the criminal trial proceedings. A trial judge may, in the exercise of his or her discretion, order that compensation be paid to a victim of the convicted person. Section 653 of the *Criminal Code* provides:

653. (1) A court that convicts an accused of an indictable offence may, upon the application of a person aggrieved, at the time sentence is imposed, order the accused to pay to that person an amount by way of satisfaction or compensation for loss of or damage to property suffered by the applicant as a result of the commission of the offence of which the accused is convicted.

(2) Where an amount that is ordered to be paid under subsection (1) is not paid forthwith the applicant may, by filing the order, enter as a judgment, in the superior court of the province in which the trial was held, the amount ordered to be paid, and that judgment is enforceable against the accused in the same manner as if it were a judgment rendered against the accused in that court in civil proceedings.

The criteria which a court must consider in determining whether a s. 653 order should be made have been set out in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940. There Laskin C.J. stated at p. 961:

du *Code criminel*, comme partie de la peine imposée à un failli non libéré?

- (2) La Société du barreau est-elle une «personne lésée» au sens de l’art. 653 du *Code criminel*?
- (3) Y avait-il lieu de rendre une ordonnance de dédommagement en faveur de Rudolph Gatién pour la somme de 45 000 \$?

Question (1)

- (1) Est-il nécessaire d’obtenir le consentement du tribunal de faillite conformément au par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, avant de pouvoir légalement rendre une ordonnance de dédommagement conformément à l’art. 653 du *Code criminel*, comme partie de la peine imposée à un failli non libéré?

Il faut d’abord dire un mot de la nature de l’ordonnance de dédommagement et de son rôle dans la détermination de la peine, comme partie intégrante et essentielle du procès criminel. Le juge du procès peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, ordonner que la personne déclarée coupable dédommage la personne lésée. L’article 653 du *Code criminel* est ainsi conçu:

653. (1) Une cour qui condamne un individu accusé d’un acte criminel peut, sur la demande d’une personne lésée, lors de l’imposition de la sentence, ordonner que l’accusé paie à ladite personne un montant comme réparation ou dédommagement pour la perte de biens ou le dommage à des biens qu’a subi le requérant par suite de la perpétration de l’infraction dont l’accusé est déclaré coupable.

(2) Lorsqu’un montant dont le paiement est ordonné en vertu du paragraphe (1) n’est pas versé immédiatement, le requérant peut, en produisant l’ordonnance, faire enregistrer comme jugement, à la cour supérieure de la province où le procès a eu lieu, le montant dont le paiement est ordonné, et ce jugement peut être exécuté contre l’accusé de la même manière que s’il était un jugement rendu contre lui devant cette cour dans des procédures civiles.

Le critère que le tribunal doit utiliser pour déterminer s’il y a lieu de rendre une ordonnance en vertu de l’art. 653 est énoncé dans l’arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. Le juge en chef Laskin y dit ceci à la p. 961:

The Court's power to make a concurrent order for compensation as part of the sentencing process is discretionary. I am of the view that in exercising that discretion the Court should have regard to whether the aggrieved person is invoking s. 653 to emphasize the sanctions against the offender as well as to benefit himself. A relevant consideration would be whether civil proceedings have been taken and, if so, whether they are being pursued. There are other factors that enter into the exercise of the discretion, such as the means of the offender, and whether the criminal court will be involved in a long process of assessment of the loss, although I do not read s. 653 as requiring exact measurement.

Laskin C.J. further observed that a compensation order should only be made when the amount can be readily ascertained, and only when the accused does not have an interest in seeing that civil proceedings are brought against him in order that he might have the benefit of discovery procedures and the production of documents. Obviously, though, neither the production of documents nor the examination for discovery will be of much, if any, significance if the amount owing to the victims is fixed and acknowledged.

Sentencing is always a difficult process, requiring a careful balancing of many factors. The courts must strive to make every sentence imposed fit and proper not only for the crime, but also for the convicted person and the community.

In appropriate cases, compensation orders provide an extremely useful and effective tool in the sentencing procedure. The order can provide flexibility and sensitivity to the ever difficult task of sentencing. It can be an effective means of rehabilitating the accused because this order quickly makes him directly responsible for making restitution to the victim. Indeed it will often be counsel for the accused who will suggest that a compensation order be made. The order also benefits the victim by providing a speedy and inexpensive manner of recovering the debt. It requires no more of the victim than a request for the order. Society as a whole benefits from the order since its imposition may reduce the term of imprisonment and provides for the reintegration of the convicted

Le pouvoir de rendre une ordonnance de dédommagement dans le cours du processus de sentence est discrétionnaire. J'estime qu'avant de l'exercer, la Cour doit se demander si la personne lésée invoque l'art. 653 pour aggraver les sanctions contre le coupable aussi bien que pour son propre bénéfice. Il est pertinent de savoir si elle a intenté des procédures civiles et, dans l'affirmative, si elle les continue. D'autres facteurs influent également sur l'exercice de ce pouvoir: les moyens du coupable ou la durée probable des procédures d'évaluation de la perte par la cour criminelle, bien qu'à mon avis, l'art. 653 n'exige pas une mesure exacte.

De plus, le juge en chef Laskin fait remarquer que l'ordonnance de dédommagement convient seulement aux cas où le montant est assez facile à déterminer et lorsque l'accusé n'a pas avantage à ce que des procédures civiles soient intentées contre lui afin de lui permettre de se prévaloir des procédures d'interrogatoire préalable et de production de documents. Par contre, ni la production de documents ni l'interrogatoire préalable n'ont beaucoup d'utilité, ou même une utilité quelconque, quand les montants dus aux victimes sont déterminés et reconnus.

La détermination de la peine est toujours un processus difficile qui exige qu'on soupèse soigneusement plusieurs facteurs. Les tribunaux judiciaires doivent s'efforcer de prononcer des peines qui soient adaptées et justes non seulement eu égard à l'infraction, mais aussi pour la personne déclarée coupable et la société.

Dans les cas qui s'y prêtent, les ordonnances de dédommagement sont un outil extrêmement utile et efficace dans la procédure de détermination de la peine. Cette ordonnance donne souplesse et subtilité à cette tâche toujours difficile. Elle peut constituer une mesure efficace de réhabilitation de l'accusé en le rendant sur le champ directement responsable de l'indemnisation de la victime. En fait, c'est souvent l'avocat de l'accusé qui propose que le tribunal rende une ordonnance de dédommagement. L'ordonnance profite à la victime en fournissant un moyen rapide et peu coûteux de se faire payer sa dette. À la victime, elle n'impose pas d'autre formalité que celle de demander l'ordonnance. La société, dans son ensemble, profite de l'ordonnance puisque son utilisation peut réduire la

person as a useful and responsible member of the community at the earliest possible date. The practical efficacy and immediacy of the order will help to preserve the confidence of the community in the legal system.

This concept of compensation and restitution has long been considered to be a fundamentally important aspect of sentencing. The Law Reform Commission of Canada, in Working Paper 5, *Restitution and Compensation*, October 1974, noted (at p. 7, as quoted in *Zelensky* at p. 952) that:

To the extent that restitution works towards self-correction, and prevents or at least discourages the offender's committal to a life of crime, the community enjoys a measure of protection, security and savings. Depriving offenders of the fruits of their crimes or ensuring that offenders assist in compensating victims for their losses should assist in discouraging criminal activity.

In the present case the appellant argued that the order should not have been made as he had an interest in having the civil proceedings maintained against him. I cannot accept this contention. The appellant acknowledged the correctness of the amounts claimed to be owing to both the Law Society and to Rudolph Gatien. No valid basis was advanced for requiring that these claims be litigated in civil actions. The argument is specious. The principle applicable in this situation was aptly stated by Martin J.A. in *R. v. Scherer* (1984), 16 C.C.C. (3d) 30, at p. 38:

In my view, where the amount lost by the victims of the appellant's criminal conduct is admitted it would not be sensible to require them to incur the additional expense of undertaking civil proceedings to establish their loss, nor do I believe that it would assist in the appellant's rehabilitation to permit him to put his victims to this additional trouble and expense.

On the facts of the present case, such an order was appropriate. Fitzgibbon acknowledged that he had defrauded his clients of the amount agreed to at his trial. The Law Society had compensated the

peine d'emprisonnement et permettre une réinsertion plus rapide de l'accusé dans la société comme membre utile et responsable de la collectivité. L'efficacité pratique de l'ordonnance et son applicabilité immédiate aident à préserver la confiance du public dans le système de justice.

La notion d'indemnisation et de restitution est considérée depuis très longtemps comme un aspect essentiel de la détermination de la peine. Dans son document de travail 5, *Le dédommagement et l'indemnisation*, d'octobre 1974, la Commission de réforme du droit du Canada disait (aux pp. 7 et 8, selon la citation qui en est faite dans l'arrêt *Zelensky*, à la p. 952):

Dans la mesure où le dédommagement encourage le délinquant à se corriger lui-même et le décourage de mener une vie criminelle, la société jouit alors d'un certain degré de protection, vit en sécurité et réalise d'importantes économies. Le fait de priver le délinquant du fruit de ses crimes ou de le forcer à participer personnellement au dédommagement de la victime devrait le décourager d'entreprendre d'autres activités criminelles.

En l'espèce, l'appellant a soutenu que l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue puisqu'il avait intérêt à ce que les procédures civiles entreprises contre lui soient poursuivies. Je ne puis accepter cette prétention. L'appellant reconnaît l'exactitude des montants qui sont dus à la Société du barreau et à Rudolph Gatien et que ces derniers réclament. On n'a proposé aucune raison valable d'exiger que ces demandes soient débattues devant les tribunaux civils. L'argument est spécieux. Le juge Martin énonce, dans l'arrêt *R. v. Scherer* (1984), 16 C.C.C. (3d) 30, à la p. 38, le principe applicable dans cette situation:

[TRADUCTION] À mon avis, quand le préjudice subi par les victimes des actes criminels de l'appellant est reconnu, il ne serait pas logique d'exiger qu'elles engagent des frais supplémentaires de procédures civiles pour prouver leur préjudice; je ne crois pas non plus qu'on favoriserait la réhabilitation de l'appellant en le laissant imposer à ses victimes ces frais et démarches supplémentaires.

L'ordonnance en cause était appropriée vu les faits de l'espèce. Fitzgibbon a reconnu qu'il avait escroqué ses clients des montants mentionnés au procès. La Société du barreau a indemnisé les

appellant's defrauded clients and was subrogated to their rights against him. Rudolph Gatien was also entitled to the balance defrauded from him for which he had not been compensated by the Law Society. The order was thus appropriate to allow compensation for the Law Society and Gatien.

In summary, it can be seen that compensation orders are an extremely useful part of the sentencing procedure. They are often used in sentencing young persons or first-time offenders who have not committed crimes of violence. Their value cannot be over-emphasized. Much of the efficacy of these orders is the immediacy of their effect. If it is possible, they deserve to be available for consideration in the sentencing of all offenders. It remains only to be determined whether the order could be validly made when the appellant was an undischarged bankrupt at the time of sentencing.

The fact that the appellant is an undischarged bankrupt raises two issues. First, it was recognized in *Zelensky* that the means of the accused person should be taken into account when a court is considering making a compensation order. However, in the case at bar, the sentencing judge was aware that the appellant was an undischarged bankrupt at the time of the sentencing and nevertheless properly exercised his discretion to make the order. In the Court of Appeal, Martin J.A. carefully considered the words of Laskin C.J. in *Zelensky*. He concluded that the means of the offender should not in every case be the controlling factor. I agree with that conclusion of Martin J.A.

The appellant was a lawyer who defrauded his clients. He used his position to defraud the very persons who had every reason to trust and rely upon him. The fraudulent acts of a lawyer directed against his own clients warranted the imposition of a compensation order even though the lawyer's means at the time of sentencing were minimal. The claims of the victims of fraudulent acts should

victimes des escroqueries de l'appelant et elle a été subrogée aux droits que ces personnes avaient contre lui. Rudolph Gatien avait aussi droit au solde de la somme dont il a été escroqué et pour lequel il n'avait pas été indemnisé par la Société du barreau. L'ordonnance pouvait donc valablement prescrire le dédommagement de la Société du barreau et de Gatien.

En résumé, on peut constater que les ordonnances de dédommagement sont une composante extrêmement utile du processus de détermination de la peine. Elles servent souvent à déterminer les peines à imposer à des jeunes ou à des contrevenants primaires qui n'ont pas commis de crime violent. On ne saurait trop insister sur leur valeur. La plus grande part de l'efficacité de ces ordonnances tient à leur effet immédiat. Quand cela est possible, elles méritent d'être considérées dans la détermination de la peine de tous les contrevenants. Il reste seulement à déterminer si l'ordonnance pouvait être valablement prononcée alors que l'appelant était un failli non libéré à l'époque de la détermination de la peine.

Le fait que l'appelant soit un failli non libéré soulève deux questions. D'abord, l'arrêt *Zelensky* reconnaît que le tribunal doit tenir compte des ressources financières de l'accusé quand elle envisage de rendre une ordonnance de dédommagement. Cependant, en l'espèce, le juge qui a déterminé la peine savait que l'appelant était un failli non libéré au moment du prononcé de la peine et il a néanmoins exercé valablement son pouvoir discrétionnaire de rendre cette ordonnance. En Cour d'appel, le juge Martin a soigneusement analysé ce que disait le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Zelensky*. Il a conclu que les ressources financières du contrevenant ne devaient pas être un facteur déterminant dans tous les cas. Je souscris à cette conclusion du juge Martin.

Quand il a escroqué ses clients, l'appelant était avocat. Il s'est servi de ses fonctions pour escroquer des personnes qui avaient placé leur confiance en lui. La fraude d'un avocat envers ses propres clients justifie une ordonnance de dédommagement même si les moyens financiers de l'avocat, quand la peine est prononcée, sont très restreints. Les réclamations des victimes d'actes de fraude

be paramount. This seems to be recognized by s. 148 (now s. 178) of the *Bankruptcy Act*. That section provides that the discharge of a bankrupt does not release him from any debt or liability arising out of a fraudulent act committed by him while acting in a fiduciary capacity. The *Bankruptcy Act* itself, therefore, permits claims of fraud to survive the discharge of a bankrupt, and the fact that Fitzgibbon is an undischarged bankrupt should not allow him to avoid the imposition of this compensation order as part of his sentence.

Secondly, and more importantly, it must be considered whether the compensation order could be validly made in light of the provisions of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act*. That section provides:

49. (1) Upon the filing of a proposal made by an insolvent person or upon the bankruptcy of any debtor, no creditor with a claim provable in bankruptcy shall have any remedy against the debtor or his property or shall commence or continue any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with the leave of the court and on such terms as the court may impose.

It is to be observed that the section prohibits the granting of any "remedy against" or "recovery of" any claim against the debtor or his property without leave of the court in bankruptcy. The aim of the section is to provide a means of maintaining control over the distribution of the assets and property of the bankrupt. In doing so, it reflects one of the primary purposes of the *Bankruptcy Act*, namely to provide for the orderly and fair distribution of the bankrupt's property among his or her creditors on a *pari passu* basis. See Duncan and Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3rd ed. 1961), at p. 4. The object of the section is to avoid a multiplicity of proceedings and to prevent any single unsecured creditor from obtaining a priority over any other unsecured creditors by bringing an action and executing a judgment against the debtor. This is accomplished by providing that no remedy or action may be taken against a bankrupt

doivent prévaloir. L'article 148 (aujourd'hui art. 178) de la *Loi sur la faillite* semble reconnaître ce fait. Cet article établit comme règle que la libération d'un failli ne le libère pas des dettes ou responsabilités qui découlent d'acte frauduleux commis alors qu'il agissait à titre de fiduciaire. La *Loi sur la faillite* elle-même permet donc que des réclamations fondées sur la fraude subsistent après la libération du failli et le fait que Fitzgibbon soit un failli non libéré ne devrait pas lui permettre de se soustraire à une ordonnance de dédommagement imposée à titre de peine.

Ensuite et surtout, il faut déterminer si l'ordonnance de dédommagement peut être valablement rendue compte tenu des dispositions du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*. Ce paragraphe est ainsi conçu:

49. (1) Lors de la déposition d'une proposition faite par une personne insolvable ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite n'a de recours contre le débiteur ou contre ses biens, ni ne doit intenter ou continuer une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, tant que le syndic n'a pas été libéré ou que la proposition n'a pas été refusée, sauf avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier peut imposer.

Il y a lieu de remarquer que le paragraphe interdit d'accorder un «recours contre» le débiteur ou «le recouvrement» d'une réclamation contre ses biens sans l'autorisation du tribunal de faillite. Le paragraphe a pour objet de fournir un moyen de maintenir un contrôle sur la distribution des biens du failli et, en cela, correspond à l'un des objets premiers de la *Loi sur la faillite*, c.-à-d. permettre la distribution ordonnée et équitable des biens du failli entre ses créanciers, *pari passu*. Voir Duncan et Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3^e éd. 1961), à la p. 4. L'article a pour objet d'éviter la multiplication des procédures et d'empêcher qu'un seul créancier non garanti n'obtienne une priorité de rang sur les autres créanciers non garantis en intentant une action au débiteur ou en exécutant un jugement contre lui. Cet objet est réalisé par la disposition qui prescrit que nul recours ou action ne peut être exercé sans l'autorisation du tribunal

without leave of the court in bankruptcy, and then only upon such terms as that court may impose.

In contrast, a compensation order is an order made against the person of the offender, imposing upon him or her an obligation to pay the amount ordered. It is only when the compensation order is filed with the Superior Court of the province that it becomes an order enforceable against the person and property of the offender. There is a fundamentally important distinction between the original compensation order, which is an order against the person by which the court recognizes an acknowledged indebtedness, and the subsequent filing in the Superior Court which can convert that personal order into an order against the property of the accused.

Section 49(1) of the *Bankruptcy Act* would preclude the enforcement of the latter. This is because such an enforcement would result in the granting of the very priorities which the *Bankruptcy Act* seeks to avoid. However, the original compensation order made at the time of sentencing is an order against the offender personally recognizing an acknowledged indebtedness and is not immediately enforceable. Until the order is filed with the Superior Court, it simply imposes a future obligation upon the offender to pay. It is neither a remedy nor an order for recovery against the property of the bankrupt offender within the meaning of s. 49(1). Thus s. 49(1) does not prohibit the making of a compensation order.

It is not without significance that s. 653 of the *Criminal Code* itself maintains the distinction between the criminal and the civil aspects of compensation orders. Subsection 653(1) allows for the imposition of such an order as part of the sentence in the criminal courts. Subsection 653(2) provides for the enforcement of the payment of that order in the civil courts. These two separate subsections seem to be designed to recognize the essential distinction between the civil and criminal aspects of these orders.

de faillite et alors seulement aux conditions établies par le tribunal.

Par contre, une ordonnance de dédommagement est une ordonnance rendue contre la personne du contrevenant qui lui impose l'obligation de verser les sommes indiquées. Ce n'est que lorsque l'ordonnance de dédommagement est produite à la Cour supérieure de la province qu'elle devient exécutoire contre la personne et les biens du contrevenant. Il existe une différence fondamentale entre l'ordonnance initiale de dédommagement, qui est une ordonnance dirigée contre la personne, par laquelle le tribunal donne acte de l'existence d'une dette reconnue, et sa production subséquente à la Cour supérieure qui peut transformer l'ordonnance dirigée contre la personne en une ordonnance exécutoire contre les biens de l'accusé.

Le paragraphe 49(1) de la *Loi sur la faillite*, empêcherait l'exécution de cette dernière. Il en est ainsi parce que l'exécution de cette ordonnance aurait pour effet d'établir les préférences que la *Loi sur la faillite* cherche précisément à éviter. Cependant l'ordonnance initiale de dédommagement rendue dans le cadre du prononcé de la peine est une ordonnance qui vise la personne du contrevenant et qui donne acte de l'admission des sommes dues, mais elle n'est pas exécutoire immédiatement. Jusqu'à ce que l'ordonnance soit produite à la Cour supérieure, l'ordonnance impose simplement au contrevenant l'obligation future de rembourser. Ce n'est ni un recours ni une procédure pour le recouvrement contre les biens du contrevenant failli au sens du par. 49(1). Donc, le par. 49(1) n'interdit pas de prononcer une ordonnance de dédommagement.

Ce n'est pas sans raison que l'art. 653 du *Code criminel* lui-même consacre la distinction entre l'aspect criminel et l'aspect civil des ordonnances de dédommagement. Le paragraphe 653(1) autorise cette ordonnance dans le cadre de la détermination de la peine par les tribunaux criminels. Le paragraphe 653(2) pourvoit à l'exécution de cette ordonnance devant les tribunaux civils. Ces deux paragraphes distincts semblent conçus pour reconnaître la différence fondamentale qui existe entre l'aspect civil et l'aspect pénal de ces ordonnances.

Furthermore, exempting s. 653(1) orders from the purview of s. 49(1) of the *Bankruptcy Act* will not undermine the integrity of that Act. The net effect of the compensation order is simply to prove that the victims have a valid claim as unsecured creditors in the bankrupt's estate. It does not give the victims priority over the other unsecured creditors. Priority would only arise if the beneficiaries of the order sought to execute the order and attach the property of the bankrupt, pursuant to the provision of s. 653(2). At that point, the trustee in bankruptcy would have to be notified and the consent of the bankruptcy court obtained pursuant to s. 49(1) before the execution of the order could proceed. The integrity of the *Bankruptcy Act* is therefore maintained.

The distinction between the original compensation order which affects an undischarged bankrupt only in a personal manner, and the filed order which affects his property, might be said to be a narrow and technical one. Nonetheless, it is worth making such a fine distinction in order to retain the integrity of the sentencing process, to preserve the rehabilitative and deterrent effect of properly made compensation orders, and to maintain the distinction between civil and criminal procedures. To require the leave of the bankruptcy courts before such an order could be made would severely limit the role of the sentencing judge which is so vital to the administration of criminal law.

It is worthy of note that the importance of maintaining the distinction between civil and criminal procedures was affirmed by the Quebec Court of Appeal in *In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des Sessions de la Paix*, [1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182. There Crête J.A. (as he then was) observed that the provisions of s. 40 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1952, c. 14 (later R.S.C. 1970, c. B-3, s. 49, and now R.S.C., 1985, c. B-3, s. 69) could not apply to penal or criminal proceedings involving the imposition of a fine or imprisonment. In that same case, it was noted by Turgeon J.A. that as a matter of principle criminal courts should not be subjected to the

De plus, si l'on soustrait les ordonnances rendues en vertu du par. 653(1) de la portée du par. 49(1) de la *Loi sur la faillite*, on ne porte pas atteinte à l'intégrité de la Loi. L'ordonnance de dédommagement a comme conséquence ultime de prouver que les victimes ont une réclamation valable à titre de créanciers non garantis contre les biens du failli. Elle ne donne pas aux victimes une priorité de rang sur les autres créanciers non garantis. Le droit de priorité ne pourrait s'appliquer que si les bénéficiaires de l'ordonnance demandaient son exécution et la saisie des biens du failli, conformément au par. 653(2). Il faudrait alors aviser le syndic de la faillite et obtenir le consentement du tribunal de faillite conformément au par. 49(1) avant de pouvoir obtenir l'exécution de l'ordonnance. L'intégrité de la *Loi sur la faillite* se trouve donc préservée.

On pourrait trouver que la distinction entre l'ordonnance initiale de dédommagement qui vise le failli non libéré à titre strictement personnel et l'ordonnance produite en cour qui vise ses biens est bien mince et formaliste. Néanmoins, il est utile d'apporter cette distinction subtile afin de préserver l'intégrité du processus de détermination de la peine; maintenir l'effet préventif et réhabilitant des ordonnances de dédommagement valablement rendues; et conserver la distinction entre la procédure civile et la procédure pénale. Exiger l'autorisation du tribunal de faillite avant le prononcé d'une telle ordonnance restreindrait gravement le rôle du juge qui prononce la peine, un rôle essentiel dans l'administration du droit criminel.

Il y a lieu de souligner que, dans l'arrêt *In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des Sessions de la Paix*, [1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182, la Cour d'appel du Québec a confirmé l'importance du maintien de la distinction entre la procédure criminelle et la procédure civile. Le juge Crête (tel était alors son titre) fait remarquer que les dispositions de l'art. 40 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1952, ch. 14 (ensuite S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 49 et aujourd'hui L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 69), ne pourraient pas s'appliquer à des procédures pénales ou criminelles qui viseraient l'imposition d'une peine d'amende ou d'emprisonnement. Dans le même arrêt, le juge Turgeon mentionne qu'en

control of civil courts. This decision supports the determinations I have reached.

I would conclude that the compensation order can be made pursuant to s. 653(1) without obtaining the consent of the bankruptcy court. It is not until such time as the beneficiaries of the compensation order seek to proceed pursuant to s. 653(2) and register the order with the Superior Court of a province that they must first obtain the consent of the bankruptcy court.

Issues (2) and (3)

- (2) Is the Law Society a “person aggrieved” within the meaning of s. 653 of the *Criminal Code*?
- (3) Should a compensation order have been made in favour of Rudolph Gatien in the amount of \$45,000?

These issues can be considered together.

The appellant submitted that the Law Society could not be the recipient of compensation under s. 653 of the *Criminal Code* because it was not a “person aggrieved” within the meaning of that section. It was contended that only the individual clients who were defrauded by the appellant could invoke a claim under this section.

I cannot accept this contention. At the outset, it should be observed that one of the goals and aims of s. 653 was to provide a convenient, rapid and inexpensive means of recovery for the victim. Why should a victim of crime in a situation where the amount involved is readily ascertained and acknowledged by the accused be forced to undertake the often slow, tedious and expensive civil proceedings against the very person who has stolen from or defrauded the victim? The Law Society has attempted to simplify the task for the defrauded client and to provide a sure and speedy means of repayment. Upon proof of the victim’s claim, the Law Society makes payment on behalf of the dishonest solicitor. The policy of the Law Society flows from sound and responsible provisions found in the *Law Society Act*. By these provisions all

principe, les tribunaux criminels ne doivent pas être soumis au contrôle des tribunaux civils. Cet arrêt étaye les conclusions auxquelles j’arrive.

a Je suis d’avis de conclure que l’on peut rendre l’ordonnance de dédommagement prévue au par. 653(1) sans obtenir le consentement du tribunal de faillite. Ce n’est qu’au moment où les bénéficiaires de l’ordonnance de dédommagement voudront se prévaloir du par. 653(2) et produire l’ordonnance à la cour supérieure d’une province qu’ils devront obtenir le consentement préalable du tribunal de faillite.

c Les questions (2) et (3)

- (2) La Société du barreau est-elle une «personne lésée» au sens de l’art. 653 du *Code criminel*?
- d (3) Y avait-il lieu de rendre une ordonnance de dédommagement en faveur de Rudolph Gatien pour la somme de 45 000 \$?

Il est possible d’examiner ces deux questions e ensemble.

L’appelant prétend que la Société du barreau ne peut être la bénéficiaire d’une ordonnance de dédommagement parce qu’elle n’est pas une «personne lésée» au sens de l’art. 653. On soutient que seuls les clients particuliers, victimes des escroqueries de l’appelant, pourraient avoir une réclamation en vertu de cet article.

g Je ne puis admettre cet argument. D’abord, il faut souligner que l’un des objets de l’art. 653 est d’accorder à la victime un moyen facile, rapide et peu coûteux d’obtenir réparation. La victime d’un acte criminel dont le préjudice financier est facilement déterminable et admis par l’accusé devrait être forcée d’entreprendre des procédures civiles, qui sont souvent lentes, fastidieuses et coûteuses, contre la personne qui l’a volée ou escroquée? h La Société du barreau a voulu simplifier la tâche des clients victimes de fraude et leur assurer un remboursement rapide. Sur preuve de la réclamation de la victime, la Société indemnise le client pour le compte de l’avocat malhonnête. La pratique de la Société du barreau découle de dispositions sages et raisonnables de la *Loi sur la Société du barreau*. En vertu de ces dispositions, tous les

lawyers recognize and accept responsibility for the acts of their dishonest colleagues. The Law Society should not be penalized for compensating the defrauded clients. Based on common law principles and for sound policy reasons, the Law Society should be subrogated to the rights of the defrauded clients which it has compensated.

As well, the *Law Society Act* itself provides that the Law Society is to be subrogated to the rights of the victim in these words:

51. ...

(7) If a grant is made under this section, the Society is subrogated to the amount of the grant to any rights or remedies to which the person receiving the grant was entitled on account of the loss in respect of which the grant was made against the dishonest member or any other person, or, in the event of the death or insolvency or other disability of such member or other person, against his personal representative or other person administering his estate.

For these reasons, the Law Society is properly entitled to be subrogated to the rights of the victim and was entitled to be named as the beneficiary of the compensation order.

So too, should Gatien be compensated for the balance of his claim. He was defrauded of \$70,000 by the appellant. He recovered only \$25,000 from the Law Society. There is no conceivable basis for claiming that partial payment of compensation by the Law Society precludes any further claims by Gatien. He should be awarded his claim for \$45,000.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Peter-Paul E. Du Vernet, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: The Law Society of Upper Canada, Toronto.

avocats acceptent et assument la responsabilité des actes de leurs confrères malhonnêtes. La Société du barreau ne devrait pas être pénalisée pour avoir indemnisé les clients victimes d'escroqueries. En vertu des règles de la common law et pour de solides raisons de principe, la Société du barreau doit être subrogée aux droits des clients victimes d'escroquerie qu'elle a indemnisés.

De plus, la *Loi sur la Société du barreau* elle-même prévoit la subrogation de la Société aux droits des victimes dans les termes suivants:

51. ...

(7) Si une indemnité est accordée aux termes du présent article, la Société est subrogée, pour le montant de l'indemnité, aux droits et recours du bénéficiaire de l'indemnité contre le membre malhonnête ou toute autre personne ou, dans le cas de décès ou d'insolvabilité, contre l'exécuteur ou l'administrateur de sa succession ou toute autre personne chargée d'administrer ses biens.

Pour ces motifs, la Société du barreau a le droit d'être subrogée aux droits des victimes et d'être désignée comme bénéficiaire de l'ordonnance de dédommagement.

De même M. Gatien a le droit d'être indemnisé du solde de sa réclamation. Il a été escroqué de 70 000 \$ par l'appellant. Il n'a reçu que 25 000 \$ de la Société du barreau. On ne peut concevoir de motif valable pour soutenir que l'indemnisation partielle versée par la Société du barreau empêche M. Gatien de réclamer le solde. Il a droit à la réclamation de 45 000 \$.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Peter-Paul E. Du Vernet, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante: La Société du barreau du Haut-Canada, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Norman Herbert Rooke and Roy Clive De Vries *Respondents*

INDEXED AS: R. V. SAUNDERS

File No.: 20480.

1990: March 21*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Conspiracy — Charge to jury — Indictment charging conspiracy to import heroin — Evidence led at trial of importation of cocaine — Whether trial judge erred in instructing jury that they might convict if satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had conspired to import any narcotic.

Criminal law — Indictment — Amendment — Indictment charging conspiracy to import heroin — Evidence led at trial of importation of cocaine — Whether this Court should allow Crown to amend charge to delete particularization of drug involved as heroin.

Respondents were charged with conspiracy to import heroin into Canada. In the course of the trial the Crown was permitted to lead evidence of the importation of cocaine, but the trial judge did not depart from the view that the Crown would be required to prove a conspiracy to import heroin. On this basis R took the stand and testified that while he had been involved in conspiracies to import other drugs, he had not been involved in a conspiracy to import heroin. In his charge, the trial judge told the jury that respondents could be convicted in the absence of proof that they conspired to import heroin, so long as the jury were satisfied that they had conspired to import a narcotic of any kind. The jury convicted respondents. The Court of Appeal set aside the convictions and directed a new trial on the ground that the Crown, having charged respondents with con-

* Reasons delivered May 17, 1990.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Norman Herbert Rooke et Roy Clive De Vries *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. SAUNDERS

N° du greffe: 20480.

b 1990: 21 mars*.

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

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

Droit criminel — Complot — Exposé au jury — Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne — Présentation d'une preuve d'importation de cocaine au procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans ses directives au jury, en lui disant qu'il pourrait déclarer les accusés coupables s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils avaient comploté pour importer un stupéfiant quelconque?

Droit criminel — Acte d'accusation — Modification — Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne — Présentation d'une preuve d'importation de cocaine au procès — La Cour devrait-elle permettre au ministère public de modifier l'accusation de manière à supprimer la mention du stupéfiant visé comme étant de l'héroïne?

Les intimés ont été accusés de complot pour importer de l'héroïne au Canada. Au cours du procès, on a permis au ministère public de présenter la preuve de l'importation de cocaine, mais le juge du procès ne s'est pas écarté de l'opinion que le ministère public serait obligé d'établir l'existence d'un complot pour importer de l'héroïne. Sur la foi de cette affirmation, R est venu témoigner à la barre que, bien qu'il ait fait partie de complots pour importer d'autres drogues, il n'avait pas été partie à un complot pour importer de l'héroïne. Dans ses directives, le juge du procès a dit au jury qu'il pourrait déclarer les intimés coupables en l'absence de preuve qu'ils ont comploté pour importer de l'héroïne, dans la mesure où il serait convaincu qu'ils avaient comploté pour importer un stupéfiant quelconque. Le jury a déclaré les intimés coupables. La Cour d'appel a infirmé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le ministère public, ayant inculpé les intimés de complot pour importer de

* Motifs déposés le 17 mai 1990.

spiracy to import heroin, must prove that the conspiracy in fact related to heroin and no other drug.

Held: The appeal should be dismissed.

It is a fundamental principle of criminal law that the offence as particularized in the charge must be proved. The Crown chose to particularize the offence in this case as a conspiracy to import heroin; having done so, it was obliged to prove the offence thus particularized. To permit the Crown to prove some other offence would be to undermine the purpose of providing particulars.

It would be inappropriate for this Court to allow the Crown to amend the charge to delete the particularization of the drug involved as heroin. Such an amendment, which would fundamentally and retroactively change the nature of what the Crown must prove, would be unfair and prejudicial to respondents.

Cases Cited

Referred to: *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8.

Statutes and Regulations Cited

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 313, 58 C.R. (3d) 83, 35 C.C.C. (3d) 385, setting aside respondents' convictions on charges of conspiracy to import heroin. Appeal dismissed.

S. David Frankel, Q.C., for the appellant.

P. Michael Bolton, Q.C., and *Chris Tollefson*, for the respondent Rooke.

Edward L. Greenspan, Q.C., for the respondent De Vries.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The question on this appeal is whether the trial judge erred in instructing the jury on a charge of conspiracy to import heroin that they might convict if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had

l'héroïne, doit prouver que le complot se rapportait en fait à l'héroïne et non à une autre drogue.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il existe un principe fondamental en droit criminel que l'infraction, précisée dans l'acte d'accusation, doit être prouvée. Le ministère public a choisi de particulariser l'infraction en l'espèce en précisant qu'il s'agissait d'un complot pour importer de l'héroïne; ayant fait cela, il était obligé de faire la preuve de l'infraction ainsi précisée. Permettre au ministère public de faire la preuve d'une autre infraction reviendrait à miner la raison pour laquelle des détails sont apportés.

Il ne conviendrait pas que la Cour permette au ministère public de modifier l'accusation pour supprimer la mention du stupéfiant visé comme étant de l'héroïne. Une telle modification, qui modifierait fondamentalement et rétroactivement la nature de ce que le ministère public doit prouver, serait injuste et préjudiciable envers les intimés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8.

Lois et règlements cités

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 313, 58 C.R. (3d) 83, 35 C.C.C. (3d) 385, qui a infirmé les déclarations de culpabilité des intimés relativement à des accusations de complot pour importer de l'héroïne. Pourvoi rejeté.

S. David Frankel, c.r., pour l'appelante.

P. Michael Bolton, c.r., et *Chris Tollefson*, pour l'intimé Rooke.

Edward L. Greenspan, c.r., pour l'intimé De Vries.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La question que souève ce pourvoi est de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury relativement à une accusation de complot pour importer de l'héroïne en lui disant qu'il pourrait déclarer les accusés coupables s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils avaient com-

conspired to import any narcotic prohibited under the *Narcotic Control Act*.

The accused were charged by a direct indictment, which read as follows:

Stephen Albert Rooke, Norman Herbert Rooke, Andrew Stephen Gray, Narinder Paul Rai, Tracy Ellen Saunders and Roy Clive De Vries stand charged that they, between the 1st day of June, 1982 and the 25th day of May, 1983, in or about various places in the County of Victoria, the County of Nanaimo and elsewhere in the Province of British Columbia, did unlawfully conspire together and with Douglas White, Narinder Kumar Saini and Peter Jacob Derksen, the one with the other or others of them and with persons unknown to commit an indictable offence, namely to Import a Narcotic, to wit: diacetylmorphine (heroin) into CANADA, an offence contrary to Section 5 of the NARCOTIC CONTROL ACT, R.S.C. 1970, Chap. N-1, and did thereby commit an offence contrary to Section 423(1)(d) of the CRIMINAL CODE, R.S.C. 1970, Chap. C-34.

The Crown announced at the beginning of the hearing that it intended to prove that the accused conspired to import heroin. In the course of the trial, it became clear that the imported drug by which the Crown intended to prove a major element of the alleged conspiracy was not heroin but cocaine. The Crown was permitted to lead evidence of the importation of cocaine. The trial judge, however, did not depart from the view he had expressed early in the case that the Crown would be required to prove a conspiracy to import heroin. On this basis, one of the accused, Rooke, took the stand and testified that while he had been involved in conspiracies to import other drugs, he had not been involved in a conspiracy to import heroin in the manner alleged.

After the addresses to the jury by counsel, the question was raised of whether the judge should charge the jury that they could convict the accused in the absence of proof that they conspired to import heroin, and that it was sufficient to support a conviction that the jury be satisfied that the accused had conspired to import a narcotic of any

ploté pour importer un stupéfiant quelconque interdit en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*.

L'acte d'accusation porté contre les accusés se lisait ainsi:

[TRADUCTION] Stephen Albert Rooke, Norman Herbert Rooke, Andrew Stephen Gray, Narinder Paul Rai, Tracy Ellen Saunders et Roy Clive De Vries sont accusés d'avoir, entre le 1^{er} juin 1982 et le 25 mai 1983, en divers endroits dans le comté de Victoria, le comté de Nanaimo et ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique, illégalement comploté ensemble et avec Douglas White, Narinder Kumar Saini et Peter Jacob Derksen, l'un avec l'autre ou les autres et avec des personnes inconnues, pour commettre l'acte criminel d'importation d'un stupéfiant, à savoir du diacétylmorphine (héroïne), au CANADA, contrairement à l'article 5 de la LOI SUR LES STUPÉFIANTS, S.R.C. 1970, ch. N-1, et d'avoir ainsi commis une infraction à l'alinéa 423(1)d) du CODE CRIMINEL, S.R.C. 1970, ch. C-34.

Au début de l'audience, le ministère public a dit qu'il avait l'intention de prouver que les accusés avaient comploté pour importer de l'héroïne. Au cours du procès, il est devenu clair que le stupéfiant importé qui devait permettre au ministère public de faire la preuve d'un élément essentiel du complot reproché n'était pas de l'héroïne mais de la cocaïne. On a permis au ministère public de présenter la preuve de l'importation de cocaïne. Le juge du procès ne s'est cependant pas écarté de l'opinion qu'il avait exprimée plus tôt en l'espèce que le ministère public serait obligé d'établir l'existence d'un complot pour importer de l'héroïne. Sur la foi de cette affirmation, Rooke, l'un des accusés, est venu témoigner à la barre que, bien qu'il ait fait partie de complots pour importer d'autres drogues, il n'avait pas été partie à un complot pour importer de l'héroïne de la manière reprochée.

Après l'exposé des avocats au jury, on a soulevé la question de savoir si le juge devrait dire au jury dans ses directives qu'il pourrait déclarer les accusés coupables en l'absence de preuve qu'ils ont comploté pour importer de l'héroïne, et qu'il était suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité que le jury soit convaincu que les accusés avaient comploté pour importer un stupéfiant quelconque. Le juge du procès a donné des directives

kind. The trial judge so charged, and the jury convicted the accused.

The Court of Appeal set aside the convictions and directed a new trial on the ground that the Crown, having charged the accused with conspiracy to import heroin, must prove that the conspiracy in fact related to heroin and no other drug: (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 313, 58 C.R. (3d) 83, 35 C.C.C. (3d) 385. The Crown appeals from this decision.

I am of the view that the appeal must be dismissed. It is a fundamental principle of criminal law that the offence, as particularized in the charge, must be proved. In *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31, at p. 37, this Court decided that once the Crown has particularized the narcotic in a charge, the accused cannot be convicted if a narcotic other than the one specified is proved. The Crown chose to particularize the offence in this case as a conspiracy to import heroin. Having done so, it was obliged to prove the offence thus particularized. To permit the Crown to prove some other offence characterized by different particulars would be to undermine the purpose of providing particulars, which is to permit "the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and a fair trial": *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, at p. 13.

Crown counsel suggests that the import of the decision of the Court of Appeal is that the Crown will necessarily fail in every case if it cannot prove that the conspiracy related to a particular narcotic, as opposed to any prohibited narcotic. I cannot accept that suggestion. I agree with Crown counsel that the gravamen of the offence is conspiracy to import a narcotic, rather than a particular kind of narcotic. The purpose of specifying the narcotic in a case such as this is to identify the transaction which is the basis of the alleged conspiracy. The fundamental requirement that the charge must provide sufficient particulars to reasonably permit the accused to identify the specific transaction

en ce sens et le jury a déclaré les accusés coupables.

La Cour d'appel a infirmé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le ministère public, ayant inculpé les accusés de complot pour importer de l'héroïne, doit prouver que le complot se rapportait en fait à l'héroïne et non à une autre drogue: (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 313, 58 C.R. (3d) 83, 35 C.C.C. (3d) 385. Le ministère public se pourvoit contre cet arrêt.

Je suis d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Il existe un principe fondamental en droit criminel que l'infraction, précisée dans l'acte d'accusation, doit être prouvée. Dans l'arrêt *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31, à la p. 37, notre Cour a décidé que lorsque le ministère public a précisé le stupéfiant dans un chef d'accusation, l'accusé ne peut être déclaré coupable si on fait la preuve d'un autre stupéfiant que celui qui est précisé. Le ministère public a choisi de particulariser l'infraction en l'espèce en précisant qu'il s'agissait d'un complot pour importer de l'héroïne. Ayant fait cela, il était obligé de faire la preuve de l'infraction ainsi précisée. Permettre au ministère public de faire la preuve d'une autre infraction ayant des caractéristiques différentes reviendrait à miner la raison pour laquelle des détails sont apportés, c'est-à-dire permettre à «l'accusé [...] [d']être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable»: *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, à la p. 13.

Le substitut du procureur général prétend que l'arrêt de la Cour d'appel signifie que le ministère public échouera nécessairement dans chaque cas s'il ne peut prouver que le complot se rapportait à un stupéfiant particulier par opposition à un stupéfiant quelconque interdit. Je ne puis retenir cette prétention. Je partage l'avis du substitut du procureur général que l'essence de l'infraction est le complot pour importer un stupéfiant plutôt qu'un genre particulier de stupéfiant. La raison pour laquelle il faut préciser le stupéfiant dans un cas comme celui-ci est d'identifier l'opération à l'origine du complot reproché. Il existe diverses façons de respecter la condition fondamentale que l'accu-

may be met in a variety of ways. Where the Crown has evidence of the particular drug involved, this may properly be required to be provided as a particular identifying the transaction. But where the Crown is uncertain as to the particular drug which was the subject of the conspiracy, it may properly decline to give particulars of the drug. The charge may nevertheless stand, provided that it sufficiently clearly identifies the alleged conspiracy in some other way. There must be a new trial in this case, not because a conviction for conspiracy to import a narcotic cannot be supported without proof of the type of narcotic involved, but rather because the Crown chose in this case to particularize the drug involved and failed to prove the conspiracy thus particularized.

The Crown requested that this Court amend the charge to delete the particularization of the drug involved as heroin, so as to conform to the trial judge's direction and the jury's conviction. No such amendment was requested at trial or before the Court of Appeal. The trial proceeded on the basis that for the Crown to succeed it must prove a conspiracy relating to heroin. One of the accused took the stand and testified on this basis. It would be unfair and prejudicial to the accused after that course of events to permit an amendment fundamentally and retroactively changing the nature of what the Crown must prove. For these reasons, it would be inappropriate to grant the amendment sought.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent Rooke: Bolton & Muldoon, Vancouver.

Solicitors for the respondent De Vries: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

sation fournisse suffisamment de détails pour que l'accusé puisse raisonnablement identifier l'opération précise. Lorsque le ministère public a la preuve du stupéfiant particulier qui est visé, il peut à juste titre être obligé de la présenter comme un détail permettant d'identifier l'opération. Mais lorsque le ministère public ne connaît pas avec certitude le stupéfiant particulier qui faisait l'objet du complot, il peut à juste titre refuser de préciser le stupéfiant. L'acte d'accusation peut néanmoins être maintenu pourvu qu'il identifie assez clairement le complot reproché d'une autre façon. En l'espèce, il doit y avoir un nouveau procès non pas parce qu'une déclaration de culpabilité relativement à un complot pour importer un stupéfiant ne peut être justifiée sans la preuve du type de stupéfiant visé, mais plutôt parce que le ministère public a choisi en l'espèce de préciser le stupéfiant visé et n'a pas fait la preuve du complot ainsi particularisé.

Le ministère public a demandé que notre Cour modifie l'accusation pour supprimer la mention du stupéfiant visé comme étant de l'héroïne pour se conformer aux directives du juge du procès et à la déclaration de culpabilité prononcée par le jury. Cette modification n'a pas été demandée au procès ni en Cour d'appel. Le procès s'est déroulé selon le principe que, pour avoir gain de cause, le ministère public devait prouver l'existence d'un complot se rapportant à l'héroïne. L'un des accusés est venu témoigner à la barre pour cette raison. Compte tenu du déroulement des événements, ce serait agir d'une façon injuste et préjudiciable envers les accusés que de permettre de modifier fondamentalement et rétroactivement la nature de ce que le ministère public doit prouver. Pour ces motifs, il ne conviendrait pas d'accorder la modification demandée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

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

Procureurs de l'intimé Rooke: Bolton & Muldoon, Vancouver.

Procureurs de l'intimé De Vries: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

**Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui
and Hugues Sioui** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada and the
National Indian Brotherhood/Assembly of
First Nations** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SIOUI

File No.: 20628.

1989: October 31, November 1; 1990: May 24.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and
McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Indians — Treaty — Rights — Customs and religion — Huron band Indians charged with cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to provincial regulations — Whether regulations applicable to Hurons practising customs and religious rites — Whether document signed by General Murray in 1760 guaranteeing them free exercise of their customs and religion is a treaty — Whether treaty still in effect — Whether territorial scope of treaty extends to territory of park so as to make regulations unenforceable in respect of accused — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37.

The respondents are members of the Huron band on the Lorette Indian reserve. They were convicted by the Court of Sessions of the Peace of cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*, adopted pursuant to the *Quebec Parks Act*. The respondents appealed to the Superior Court against this judgment by way of trial *de novo*. They admitted committing the acts with which they were charged in the park, which is located outside the boundaries of the Lorette reserve. However, they alleged that they were practising certain ancestral customs and religious rites

Le procureur général du Québec *Appellant*

c.

**Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui et
Hugues Sioui** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada et la
Fraternité des Indiens du Canada/
l'Assemblée des premières nations**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. SIOUI

c N° du greffe: 20628.

1989: 31 octobre, 1^{er} novembre; 1990: 24 mai.Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,
Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier,
Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Indiens — Traité — Droits — Coutumes et religion — Indiens d'une bande huronne accusés d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention d'un règlement provincial — Ce règlement est-il applicable aux Hurons qui exercent leurs coutumes et leurs rites religieux? — Le document signé par le général Murray en 1760 qui garantit aux Hurons le libre exercice de leurs coutumes et de leur religion constitue-t-il un traité? — Ce traité est-il encore en vigueur? — La portée territoriale du traité s'étend-elle au territoire du Parc de façon à rendre inopérant le règlement à l'égard des accusés? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37.

Les intimés sont membres de la bande huronne de la réserve indienne de Lorette. Ils ont été trouvés coupables par la Cour des sessions de la paix d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention des art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, adopté en vertu de la *Loi sur les parcs* du Québec. Les intimés ont interjeté appel de ce jugement en Cour supérieure par voie de procès *de novo*. Ils ont reconnu avoir commis les actes qu'on leur reproche dans le Parc qui est situé hors des limites de la réserve de Lorette. Ils affirment cependant qu'ils pratiquaient certaines coutumes ancestrales et rites religieux qui font

which are the subject of a treaty between the Hurons and the British, a treaty which brings s. 88 of the *Indian Act* into play and exempts them from compliance with the regulations. The treaty that the respondents rely on is a document of 1760 signed by General Murray. This document guaranteed the Hurons, in exchange for their surrender, British protection and the free exercise of their religion, customs and trade with the English. At that time the Hurons were settled at Lorette and made regular use of the territory of Jacques-Cartier park. The Superior Court held that the document was not a treaty and dismissed the appeal. A majority of the Court of Appeal reversed this judgment. The court found that the 1760 document was a treaty and that the customary activities or religious rites practised by the Hurons in Jacques-Cartier park were protected by the treaty. Section 88 of the *Indian Act* made the respondents immune from any prosecution. This appeal is to determine (1) whether the 1760 document is a treaty; (2) whether it is still in effect; and (3) whether it makes ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* unenforceable in respect of the respondents.

Held: The appeal should be dismissed.

The 1760 document is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. Though the wording of the document does not suffice to determine its legal nature, the historical context and evidence relating to facts which occurred shortly before or after the signing of the document indicate that General Murray and the Hurons entered into an agreement to make peace and guarantee it. They entered into this agreement with the intention to create mutually binding obligations that would be solemnly respected. All the parties involved were competent to enter into this treaty. Even if Great Britain was not sovereign in Canada in 1760, the Hurons could reasonably have believed that it had the power to enter into a treaty with them and that this treaty would be in effect as long as the British controlled Canada. The circumstances prevailing at the time indicate that Murray had the necessary capacity to enter into a treaty, or at least that the Hurons could reasonably have assumed he did in view of the importance of his position in Canada at the time. In the case of the Hurons, though they could not claim historical occupation or possession of the lands in question, this did not prevent them from concluding a treaty with the British Crown. A territorial claim is not essential to the existence of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.

l'objet d'un traité entre les Hurons et les Britanniques, traité qui entraîne l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et les dispense de respecter le Règlement. Le traité que les intimés invoquent est un document de 1760 signé par le général Murray. Ce document assure aux Hurons, en échange de leur reddition, la protection britannique et le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. À cette époque, les Hurons étaient établis à Lorette et ils fréquentaient alors le territoire du Parc de la Jacques-Cartier. La Cour supérieure a décidé que le document ne constituait pas un traité et a rejeté l'appel. La Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement. La cour a statué que le document de 1760 constituait un traité et que les activités coutumières ou les rites religieux pratiqués par des Hurons dans le Parc de la Jacques-Cartier bénéficiaient de la protection de ce traité. Vu l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les intimés ne pouvaient donc être poursuivis. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le document de 1760 constitue un traité; (2) s'il est toujours en vigueur; et (3) s'il rend inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* à l'égard des intimés.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le document de 1760 constitue un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Bien que le libellé du document ne permette pas de déterminer avec précision sa nature juridique, le contexte historique et les éléments de preuve relatant les faits qui ont précédé ou suivi de peu la conclusion du document indiquent que le général Murray et les Hurons ont conclu une entente pour faire la paix et pour la garantir. Ils ont conclu cette entente avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure ce traité. Même si la Grande-Bretagne n'était pas souveraine au Canada en 1760, les Hurons pouvaient raisonnablement croire qu'elle avait le pouvoir de conclure un traité avec eux et que ce traité serait en vigueur tant que les Britanniques contrôlèrent le Canada. Quant à Murray, les circonstances prévalant à l'époque démontrent qu'il avait la capacité requise pour conclure un traité, ou du moins que les Hurons pouvaient raisonnablement le croire vu l'importance de son rôle à l'époque au Canada. Pour ce qui est des Hurons, même s'ils ne pouvaient pas prétendre à l'occupation ou à la possession historiques du territoire concerné, cela ne les empêchait pas de conclure un traité avec la Couronne britannique. Une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

The treaty was still in effect when the offences with which the respondents were charged were committed. The Act of Capitulation of Montreal in 1760 and the Treaty of Paris in 1763 did not have the effect of terminating rights resulting from the treaty. At the time, France could no longer claim to represent the Hurons. Since the Hurons had the capacity to enter into a treaty with the British Crown, they were the only ones who could give the necessary consent to its extinguishment. Similarly, the silence of the Royal Proclamation of 1763 regarding the treaty cannot be interpreted as extinguishing it. The change in use of the land by legislation in 1895 (creation of the Jacques-Cartier park) also did not terminate the right protected by the treaty. If the treaty gives the Hurons the right to carry on their customs and religion in the territory of the park, the existence of a provincial statute and subordinate legislation will not ordinarily affect that right. Finally, non-user of the treaty over a long period of time does not result in its extinguishment.

Although the treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and religion, it makes no mention of the territory over which these rights may be exercised. As there is no express indication of the territorial scope of the treaty, it must be interpreted by determining the intention of the parties at the time it was concluded. When the historical context is given its full meaning, the interpretation that is called for is that the parties contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons in 1760, so long as the carrying on of the customs and rites was not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory. This interpretation would reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. It gave the British the necessary flexibility to be able to respond in due course to the increasing need to use Canada's resources, in the event that Canada remained under British suzerainty, and it allowed the Hurons to continue carrying on their rites and customs on the lands frequented to the extent that those rites and customs did not interfere with enjoyment of the lands by their occupier. The Hurons could not reasonably expect that the use would remain forever what it was in 1760. Jacques-Cartier park is land occupied by the Crown, since the province has set it aside for a specific use. The park falls within the class of conservation parks and is intended to ensure the permanent protection of territory representative of the natural regions of Quebec or natural sites presenting exceptional features, while rendering them accessible to the public for the purposes of education and cross-country recreation. This type of occupancy is not incompatible with the

Le traité était encore en vigueur au moment où les infractions reprochées aux intimés ont été commises. L'Acte de capitulation de Montréal de 1760 et le Traité de Paris de 1763 n'ont pas eu pour effet de mettre fin aux droits issus du traité. La France à l'époque ne pouvait plus prétendre représenter les Hurons. Puisqu'ils avaient la capacité de conclure un traité avec la Couronne britannique, les Hurons étaient les seuls à pouvoir donner le consentement nécessaire à son extinction. De même, le silence de la Proclamation royale de 1763 au sujet du traité ne peut être interprété comme entraînant son extinction. Le changement de vocation du territoire (la création du Parc Jacques-Cartier) effectué par voies législatives en 1895 n'a pas non plus mis fin aux droits protégés par le traité. Si le traité accorde aux Hurons le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc, l'existence d'une loi et d'un règlement provinciaux n'affecterait normalement pas ce droit. Finalement, la non-utilisation du traité sur une longue période de temps n'entraîne pas son extinction.

Bien que le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion, il ne fait aucune mention du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut l'interpréter en recherchant l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, l'interprétation qui s'impose est que les parties envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons en 1760 en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire. Cette interprétation concilie le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Elle assure aux Anglais la flexibilité nécessaire pour répondre aux éventuels besoins grandissants d'utilisation des ressources du Canada, dans l'hypothèse où le Canada resterait sous la tutelle britannique, et permet aux Hurons de continuer à exercer leurs rites et coutumes sur les terres fréquentées en autant que ces rites et coutumes ne portent pas atteinte à la jouissance des terres par leur occupant. Les Hurons ne pouvaient raisonnablement pas s'attendre à ce que l'occupation soit figée à jamais au niveau de 1760. Le Parc de la Jacques-Cartier est un territoire occupé par la Couronne puisque la province l'a affecté à une utilisation particulière. Ce parc est classé dans la catégorie des parcs de conservation et vise à assurer la protection permanente de territoires représentatifs des régions naturelles du Québec ou des sites naturels à caractère exceptionnel tout en les rendant accessibles au public pour des fins d'éducation

exercise of Huron rites and customs. For such an exercise to be incompatible with occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy but it must prevent the realization of that purpose. Crown lands are held for the benefit of the community (exclusive use is not an essential aspect of public ownership) and the activities with which the respondents are charged do not seriously compromise the Crown's objectives in occupying the park. Neither the representative nature of the natural region where the park is located nor the exceptional nature of this natural site are threatened. These activities also present no obstacle to cross-country recreation. Under s. 88 of the *Indian Act*, the respondents could therefore not be prosecuted since the activities in question were the subject of a treaty.

Cases Cited

Applied: *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); **referred to:** *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118.

Statutes and Regulations Cited

Act of Capitulation of Montreal (1760), arts. 40, 50.
 Act of Capitulation of Québec (1759).
Act to establish the Laurentides National Park, S.Q. 1895, 58 Vict., c. 22.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5 [formerly R.S.C. 1970, c. I-6], s. 88.
Parks Act, R.S.Q., c. P-9, ss. 1(c), (e), 11.
Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37 [now R.R.Q. 1981, c. P-9, r. 2, ss. 10, 38].
 Royal Proclamation, 1763 [reprinted R.S.C., 1985, App. II, No. 1].
 Treaty of Paris (1763).

Authors Cited

Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, 2nd and rev. ed., Part I. Edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty. Ottawa: King's Printer, 1918.
 Colden, Cadwallader. *The History of the Five Indian Nations of Canada*. London: T. Osborne, 1747.

et de récréation extensive. Ce type d'occupation n'est pas incompatible avec l'exercice par les Hurons de leurs rites et coutumes. Pour qu'un tel exercice soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais encore qu'il en empêche la réalisation. Or, les terres de la Couronne sont détenues à l'avantage de la collectivité (l'exclusivité de l'utilisation n'est pas intrinsèque à la propriété publique) et les activités reprochées aux intimés ne compromettent pas sérieusement les desseins de la Couronne dans son occupation du Parc. Ni le caractère représentatif de la région naturelle où se situe le Parc, ni le caractère exceptionnel de ce site naturel ne sont menacés. Ces activités ne représentent pas non plus un obstacle à la récréation extensive. En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les intimés ne pouvaient donc être poursuivis puisque les activités reprochées faisaient l'objet d'un traité.

d Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), conf. (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.); **arrêts mentionnés:** *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118.

Lois et règlements cités

Acte de capitulation de Montréal (1760), art. 40, 50.
 Acte de capitulation de Québec (1759).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi établissant le Parc national des Laurentides, S.Q. 1895, 58 Vict., ch. 22.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6], art. 88.
Loi sur les parcs, L.R.Q., ch. P-9, art. 1c), e), 11.
 Proclamation royale, 1763 [reproduite L.R.C. (1985), app. II, n° 1].
Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37 [maintenant R.R.Q. 1981, ch. P-9, r. 2, art. 10, 38].
 Traité de Paris (1763).

Doctrine citée

Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, 2nd and rev. ed., Part I. Edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty. Ottawa: King's Printer, 1918.
 Colden, Cadwallader. *The History of the Five Indian Nations of Canada*. London: T. Osborne, 1747.

- Garneau, François Xavier. *Histoire du Canada français*, t. 3. Montréal: Les Amis de l'Histoire, 1969.
- Jésuites. *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, vol. 2. Québec: Augustin Côté, 1858.
- Johnson, Sir William. *The Papers of Sir William Johnson*, vols. I, III, X, XIII. Prepared for publication by the Division of Archives and History of the University of the State of New York. Albany: University of the State of New York, 1921 to 1962.
- Knox, John. *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. II. London, 1769.
- Knox, John. *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. III. Toronto: Champlain Society, 1916.
- MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561.
- Montcalm, Louis-Joseph. *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759*. Publié sous la direction de H.-R. Casgrain. Québec: Imprimerie De L.-J. Demers & Frère, 1895.
- Murray, James. *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*. Toronto: Rous & Mann Ltd., 1939.
- O'Callaghan, E. B., ed. *Documents relative to the Colonial History of New York*, vol. VII. Albany, N.Y.: Weed, Parsons and Co., 1856.
- Ortolan, Eugène. *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations*. Paris: Amyot, 1851.
- Québec. Archives de Québec. *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924*. Québec: Imprimeur de Sa Majesté le Roi, 1924.
- Ratelle, Maurice. *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*. Publié en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux Affaires autochtones, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987.
- Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.
- Vattel, Emer de. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, vol. II, book III. London, 1758. Translation of the Edition of 1758 by Charles G. Fenwick [reprinted in the *Classics of the International Law*. Geneva: Slatkine Reprints—Henry Dunant Institute, 1983].
- Garneau, François Xavier. *Histoire du Canada français*, t. 3. Montréal: Les Amis de l'Histoire, 1969.
- Jésuites. *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, vol. 2. Québec: Augustin Côté, 1858.
- Johnson, Sir William. *The Papers of Sir William Johnson*, vols. I, III, X, XIII. Prepared for publication by the Division of Archives and History of the University of the State of New York. Albany: University of the State of New York, 1921 to 1962.
- Knox, John. *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. II. London, 1769.
- Knox, John. *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. III. Toronto: Champlain Society, 1916.
- MacKenzie, N. A. M. «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561.
- Montcalm, Louis-Joseph. *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759*. Publié sous la direction de H.-R. Casgrain. Québec: Imprimerie De L.-J. Demers & Frère, 1895.
- Murray, James. *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*. Toronto: Rous & Mann Ltd., 1939.
- O'Callaghan, E. B., ed. *Documents relative to the Colonial History of New York*, vol. VII. Albany, N.Y.: Weed, Parsons and Co., 1856.
- Ortolan, Eugène. *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations*. Paris: Amyot, 1851.
- Québec. Archives de Québec. *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924*. Québec: Imprimeur de Sa Majesté le Roi, 1924.
- Ratelle, Maurice. *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*. Publié en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux Affaires autochtones, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987.
- Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.
- Vattel, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, t. II, livre III. Londres, 1758 [reproduit dans les *Classics of the International Law*. Geneva: Slatkine Reprints—Henry Dunant Institute, 1983].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1722, 8 Q.A.C. 189, [1987] C.N.L.R. 118, reversing a judgment of the Superior Court, J.E. 85-947, dismissing the respondents' appeals by way of trial *de novo* from

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1722, 8 Q.A.C. 189, [1987] C.N.L.R. 118, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 85-947, qui avait rejeté les appels des intimés par voie de procès *de novo* de

their convictions for offences under the *Parks Act*, J.E. 83-722. Appeal dismissed.

Robert Décary, Q.C., and *René Morin*, for the appellant.

Jacques Larochelle and *Guy Dion*, for the respondents.

Jean-Marc Aubry, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Peter W. Hutchins and *Franklin S. Gertler*, for the intervener National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—

I—Facts and Relevant Legislation

The four respondents were convicted by the Court of Sessions of the Peace of cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81 of November 11, 1981, (1981) 113 *O.G.* II 3518), adopted pursuant to the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9. The regulations state that:

9. In the Park, users may not:

1. destroy, mutilate, remove or introduce any kind of plant or part thereof.

However, the collection of edible vegetable products is authorized solely for the purpose of consumption as food on the site, except in the preservation zones where it is forbidden at all times;

37. Camping and fires are permitted only in the places designated and arranged for those purposes.

The *Parks Act*, under which the foregoing regulations were adopted, provides the following penalties for an offence:

11. Every person who infringes this act or the regulations is guilty of an offence and liable on summary proceedings, in addition to the costs, to a fine of not less than \$50 nor more than \$1,000 in the case of an individual and to a fine of not less than \$200 nor more than \$5,000 in the case of a corporation.

The respondents appealed unsuccessfully to the Superior Court against this judgment by way of

leur condamnation pour des infractions à la *Loi sur les parcs*, J.E. 83-722. Pourvoi rejeté.

Robert Décary, c.r., et *René Morin*, pour l'appellant.

Jacques Larochelle et *Guy Dion*, pour les intimés.

Jean-Marc Aubry, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Peter W. Hutchins et *Franklin S. Gertler*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—

I—Les faits et la législation pertinente

Les quatre intimés ont été trouvés coupables par la Cour des sessions de la paix d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention des art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81 du 11 novembre 1981, (1981) 113 *G.O.* II 4815), adopté en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9. Le Règlement porte que:

9. Dans ce parc, un usager doit s'abstenir:

1) d'abattre, mutiler, prélever ou introduire toute espèce végétale ou partie de celle-ci;

Toutefois, la cueillette de produits végétaux comestibles est autorisée uniquement pour des fins de consommation alimentaire sur les lieux sauf dans les zones de préservation où elle est interdite en tout temps;

37. Le camping et les feux sont permis seulement aux endroits désignés et aménagés à cette fin.

La *Loi sur les parcs*, en vertu de laquelle le précédent règlement a été adopté, prévoit les peines suivantes en cas de contravention:

11. Quiconque enfreint l'une des dispositions de la présente loi ou des règlements commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, en outre des frais, d'une amende d'au moins 50\$ et d'au plus 1 000\$ s'il s'agit d'un individu et d'une amende d'au moins 200\$ et d'au plus 5 000\$ s'il s'agit d'une corporation.

Les intimés se sont pourvus, sans succès, contre ce jugement en Cour supérieure par voie de procès

trial *de novo*. However, the Court of Appeal allowed their appeal and acquitted the respondents, Jacques J.A. dissenting.

The respondents are Indians within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-6), and are members of the Huron band on the Lorette Indian reserve. They admit that they committed the acts with which they were charged in Jacques-Cartier park, which is located outside the boundaries of the Lorette reserve. However, they alleged that they were practising certain ancestral customs and religious rites which are the subject of a treaty between the Hurons and the British, a treaty which brings s. 88 of the *Indian Act* into play and exempts them from compliance with the regulations. Section 88 of the *Indian Act* states that:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

The document the respondents rely on in support of their contentions is dated September 5, 1760 and signed by Brigadier General James Murray. It reads as follows:

THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English: — recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,
JOHN COSNAN,
Adjut. Genl.

JA. MURRAY.

de novo. La Cour d'appel a toutefois accueilli leur appel et acquitté les intimés, le juge Jacques étant dissident.

a Les intimés sont des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6) et sont membres de la bande des Hurons de la réserve indienne de Lorette. Ils reconnaissent avoir commis les actes qu'on leur reproche dans le Parc de la Jacques-Cartier qui est situé hors des limites de la réserve de Lorette. Ils affirment cependant qu'ils pratiquaient certaines coutumes ancestrales et rites religieux qui font l'objet d'un traité entre les Hurons et les Britanniques, traité qui entraîne l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et les dispense de respecter le Règlement. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* porte que:

d 88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

f Le document que les intimés invoquent à l'appui de leurs prétentions est daté du 5 septembre 1760 et signé par le brigadier général James Murray. Il se lit comme suit:

g [TRADUCTION] PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment. Signé par moi à Longueil, ce 5^e jour de septembre 1760.

j Sur l'ordre du général,
JOHN COSNAN,
Adjudant général

JA. MURRAY.

The Hurons had been in the Québec area since about 1650, after having had to leave their ancestral lands located in territory which is now in Ontario. In 1760, they were settled at Lorette on land given to them by the Jesuits eighteen years earlier and made regular use of the territory of Jacques-Cartier park at that time.

II—Judgments

A. *Court of Sessions of the Peace*

The questions regarding the existence of a treaty, its extinguishment and its scope were not raised before Judge Bilodeau of the Court of Sessions of the Peace: J.E. 83-722. The respondents argued instead that the regulations were adopted without authority, that they were illegal because they were too vague and imprecise and that they had not been infringed, at least as regards the cutting down and mutilation of trees. Judge Bilodeau rejected each of these arguments.

Finally, the respondents contended that as the relevant provincial legislation was not of general application, s. 88 of the *Indian Act* made them immune to prosecution under this legislation. Judge Bilodeau concluded that the provincial legislation was general in scope and so found the respondents guilty of the offences with which they were charged.

B. *Superior Court*

The issue which is the subject of the appeal to this Court was considered by Desjardins J.: J.E. 85-947. He rejected the respondents' argument that the document of September 5 was a treaty, on the ground that Murray had neither the powers nor the intention to enter into a treaty giving territorial rights to the Hurons. He concluded that it was actually a certificate of protection or a safe conduct, and based his conclusion on the fact that neither the Huron nation nor the Sovereign ever regarded the document of September 5 as a treaty.

In the Superior Court the respondents also made the following argument, which was then abandoned in the subsequent appeals: an ancestral right to hunt and fish for their sustenance and that of

Les Hurons étaient présents dans la région de Québec depuis environ 1650 après avoir dû quitter leurs terres ancestrales situées sur un territoire qui est aujourd'hui en Ontario. En 1760, ils étaient établis à Lorette sur des terres que leur avaient concédées les Jésuites 18 ans plus tôt et ils fréquentaient alors le territoire du Parc de la Jacques-Cartier.

b II—Les jugements

A. *La Cour des sessions de la paix*

Les questions concernant l'existence d'un traité, son extinction et son domaine d'application n'ont pas été soulevées devant le juge Bilodeau de la Cour des sessions de la paix: J.E. 83-722. Les intimés plaidèrent plutôt que le Règlement avait été adopté sans pouvoir, qu'il était illégal parce que trop vague et imprécis et qu'il n'avait pas été enfreint, du moins en ce qui concerne la coupe et la mutilation d'arbres. Le juge Bilodeau rejeta chacun de ces arguments.

Les intimés invoquèrent enfin que la législation provinciale pertinente n'étant pas d'application générale, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* les immunisait de la possibilité d'être poursuivis en vertu de cette législation. Le juge Bilodeau conclut que la législation provinciale était de portée générale et par conséquent, déclara les intimés coupables des infractions qu'on leur reprochait.

B. *La Cour supérieure*

Le juge Desjardins a été appelé à examiner la question qui fait l'objet du pourvoi devant cette Cour: J.E. 85-947. Il rejeta la prétention des intimés à l'effet que le document du 5 septembre constituait un traité au motif que Murray n'avait ni les pouvoirs ni l'intention de conclure un traité qui aurait pour effet d'accorder des droits territoriaux aux Hurons. Il conclut qu'il s'agissait plutôt d'un certificat de protection ou d'un sauf-conduit et appuya sa conclusion sur le fait que ni la nation huronne ni le souverain n'avaient jamais considéré le document du 5 septembre comme un traité.

Devant la Cour supérieure, les intimés soulevèrent aussi l'argument suivant qui a ensuite été abandonné au moment des appels subséquents: un droit ancestral de chasser et pêcher pour leur

their families was enjoyed by the Hurons over the territory in question and necessarily implied the right to move about and set up their tents. Desjardins J. considered that such a right had not been proven and that, even if it had been, the provincial legislation would nonetheless have regulated its exercise.

C. *Court of Appeal*

In the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1722, the respondents abandoned all arguments based on ancestral rights, rights that might result from the Royal Proclamation of October 7, 1763 or s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Bisson J.A., as he then was, whose opinion was concurred in by Paré J.A., saw the document of September 5 as a treaty by which the Hurons surrendered to the British and made peace in exchange for British protection and the free exercise of their religion, customs and trade with the English. The presence of this specific mention of free exercise of religion, customs and liberty of trading with the English is, in the view of the majority, the decisive factor making the document at issue a treaty. Bisson J.A. further concluded that the Act of Capitulation of Montreal had not extinguished the treaty. On the question of whether the customary activities or religious rites practised by the Hurons in Jacques-Cartier park were protected by the treaty, Bisson J.A. considered that all the evidence tended to show that the Hurons moved freely in the area in 1760 and carried on religious and customary activities there. Accordingly it followed, he said, that s. 88 of the *Indian Act* made the respondents immune from any prosecution for the activities with which they were charged, since the latter were the subject of a treaty whose rights could not be limited by provincial legislation.

Jacques J.A., dissenting, considered that the respondents' claim was of an essentially territorial nature and that neither the document at issue nor the Royal Proclamation of October 7, 1763 conferred rights of this kind on the native peoples.

subsistance et celle de leur famille existait au profit des Hurons sur le territoire concerné et impliquait nécessairement le droit de circuler et de planter leur tente. Le juge Desjardins fut d'avis qu'un tel droit n'avait pas été prouvé et que même s'il l'avait été, la législation provinciale en aurait malgré tout aménagé l'exercice.

C. *La Cour d'appel*

Devant la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1722, les intimés ont abandonné tout argument concernant les droits ancestraux, les droits pouvant découler de la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ou de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge Bisson, alors juge puîné de la Cour d'appel, dont l'opinion a rallié l'accord du juge Paré, reconnu dans le document du 5 septembre un traité par lequel les Hurons se rendaient aux Britanniques et faisaient la paix en échange de la protection britannique et du libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. La présence de cette mention spécifique du libre exercice de la religion, des coutumes et de la liberté de commercer avec les Anglais est, de l'avis de la majorité, l'élément déterminant qui fait du document en litige un traité. Le juge Bisson conclut, de plus, que l'Acte de capitulation de Montréal n'avait pas éteint le traité. Quant à savoir si les activités coutumières ou les rites religieux pratiqués par des Hurons dans le Parc de la Jacques-Cartier bénéficiaient de la protection du traité, le juge Bisson fut d'avis que toute la preuve tendait à démontrer que les Hurons y circulaient librement en 1760 et qu'ils y exerçaient des activités religieuses et coutumières. Il s'ensuit donc, selon lui, que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* immunisent les intimés de toute poursuite pour les activités qu'on leur reproche puisque celles-ci faisaient l'objet d'un traité dont les droits ne peuvent être limités par un texte législatif provincial.

En dissidence, le juge Jacques fut plutôt d'avis que la revendication des intimés revêtait un caractère essentiellement territorial et que ni le document en litige ni la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ne reconnaissaient aux autochtones des droits de cette nature.

III—Points at Issue

The respondents are asking this Court to dispose of the appeal solely on the basis of the document of September 5, 1760 and s. 88 of the *Indian Act*.^a The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Does the following document, signed by General Murray on 5 September 1760, constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

“THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English:—recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueuil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,
JOHN COSNAN,
Adjut. Genl.”

JA. MURRAY.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, was the “treaty” still operative on 29 May 1982, at the time when the alleged offences were committed?

3. If the answers to questions 1 and 2 are in the affirmative, are the terms of the document of such a nature as to make ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, Part II, November 25, 1981, pp. 3518 *et seq.*) made under the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9, unenforceable in respect of the respondents?

To decide the case at bar I will consider first the question of whether Great Britain, General Murray and the Hurons had capacity to sign a treaty, assuming that those parties intended to do so. If they had, I will then consider whether the parties actually did enter into a treaty. Finally, if the document of September 5, 1760 is a treaty, I will analyse its contents to determine the nature of

III—Les questions en litige

Les intimés demandent à cette Cour de disposer du pourvoi en se fondant uniquement sur le document du 5 septembre 1760 et sur l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Le document suivant, signé au nom du général Murray le 5 septembre 1760, constitue-t-il un traité, au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6?

[TRADUCTION] «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueuil, ce 5^e jour de septembre 1760.

Sur l'ordre du général,
JOHN COSNAN,
Adjudant général»

JA. MURRAY.

2. Si la réponse à la question 1 est dans l'affirmative, ce «traité» produisait-il encore des effets juridiques le 29 mai 1982, au moment où les infractions reprochées ont été commises?

3. Si les réponses aux questions 1 et 2 sont affirmatives, les termes de ce document étaient-ils de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, partie II, 25 novembre 1981, pp. 4815 *et suiv.*) adoptés en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9, à l'égard des intimés?

Pour décider de la présente affaire je me pencherai dans un premier temps sur la question de savoir si la Grande-Bretagne, le général Murray et les Hurons avaient la capacité de signer un traité, en tenant pour acquis que ces parties en aient eu l'intention. Dans l'affirmative, j'examinerai ensuite si les parties ont effectivement conclu un traité. Enfin, si le document du 5 septembre 1760 est un

the rights guaranteed therein and establish whether they have territorial application.

IV—Analysis

A. Introduction

Our courts and those of our neighbours to the south have already considered what distinguishes a treaty with the Indians from other agreements affecting them. The task is not an easy one. In *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, this Court adopted the comment of Norris J.A. in *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.) (affirmed in the Supreme Court (1965), 52 D.L.R. (2d) 481), that the courts should show flexibility in determining the legal nature of a document recording a transaction with the Indians. In particular, they must take into account the historical context and perception each party might have as to the nature of the undertaking contained in the document under consideration. To the question of whether the document at issue in *White and Bob* was a treaty within the meaning of the *Indian Act*, Norris J.A. replied (at pp. 648-49):

The question is, in my respectful opinion, to be resolved not by the application of rigid rules of construction without regard to the circumstances existing when the document was completed nor by the tests of modern day draftsmanship. In determining what the intention of Parliament was at the time of the enactment of s. 87 [now s. 88] of the *Indian Act*, Parliament is to be taken to have had in mind the common understanding of the parties to the document at the time it was executed.

As the Chief Justice said in *Simon, supra*, treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians (at p. 410). In our quest for the legal nature of the document of September 5, 1760, therefore, we should adopt a broad and generous interpretation of what constitutes a treaty.

In my opinion, this liberal and generous attitude, heedful of historical fact, should also guide

traité, j'en analyserai le contenu afin de déterminer la nature des droits qui y sont garantis et d'établir s'ils ont une portée territoriale.

IV—Analyse

A. Introduction

Nos cours, ainsi que celles de nos voisins du sud, se sont déjà appliquées à déterminer les éléments qui distinguent un traité avec les Indiens des autres ententes les impliquant. La tâche n'est pas sans difficulté. Cette Cour dans l'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, adoptait le commentaire du juge Norris dans *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.) (confirmé en Cour suprême (1965), 52 D.L.R. (2d) 481) à l'effet que les tribunaux doivent faire preuve de flexibilité lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un document qui consigne une transaction avec les Indiens. Ils doivent tenir compte, en particulier, du contexte historique et de la perception que chacune des parties pouvait avoir à l'égard de la nature de l'engagement qui est rapporté dans le document étudié. À la question de savoir si le document qui faisait l'objet de la contestation dans l'affaire *White and Bob* était un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, le juge Norris répondait (aux pp. 648 et 649):

[TRADUCTION] La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 87 [maintenant l'art. 88] de la *Loi sur les Indiens*, il faut présumer que le législateur tenait compte de la façon dont toutes les parties comprenaient le document au moment où il a été signé.

Comme le disait le Juge en chef dans l'arrêt *Simon*, précité, les lois et les traités relatifs aux Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et les ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens (p. 410). Dans notre recherche de la nature juridique du document du 5 septembre 1760, nous devrions ainsi adopter une interprétation large et généreuse de ce qui constitue un traité.

À mon avis, cette attitude libérale, généreuse et attentive aux faits de l'histoire doit également nous

us in examining the preliminary question of the capacity to sign a treaty, as illustrated by *Simon* and *White and Bob*.

Finally, once a valid treaty is found to exist, that treaty must in turn be given a just, broad and liberal construction. This principle, for which there is ample precedent, was recently reaffirmed in *Simon*. The factors underlying this rule were eloquently stated in *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), a judgment of the United States Supreme Court, and are I think just as relevant to questions involving the existence of a treaty and the capacity of the parties as they are to the interpretation of a treaty (at pp. 10-11):

In construing any treaty between the United States and an Indian tribe, it must always . . . be borne in mind that the negotiations for the treaty are conducted, on the part of the United States, an enlightened and powerful nation, by representatives skilled in diplomacy, masters of a written language, understanding the modes and forms of creating the various technical estates known to their law, and assisted by an interpreter employed by themselves; that the treaty is drawn up by them and in their own language; that the Indians, on the other hand, are a weak and dependent people, who have no written language and are wholly unfamiliar with all the forms of legal expression, and whose only knowledge of the terms in which the treaty is framed is that imparted to them by the interpreter employed by the United States; and that the treaty must therefore be construed, not according to the technical meaning of its words to learned lawyers, but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians.

The Indian people are today much better versed in the art of negotiation with public authorities than they were when the United States Supreme Court handed down its decision in *Jones*. As the document in question was signed over a hundred years before that decision, these considerations argue all the more strongly for the courts to adopt a generous and liberal approach.

animer lorsqu'il s'agit d'examiner la question préliminaire de la capacité de signer un traité, tel que l'illustrent les affaires *Simon* et *White and Bob*.

Enfin, une fois que l'on constate l'existence d'un traité valide, ce traité doit, à son tour, recevoir une interprétation juste, large et libérale. Ce principe, amplement reconnu par la jurisprudence, a été récemment réaffirmé dans l'arrêt *Simon*. Les considérations qui sous-tendent ce principe ont été éloquemment présentées dans l'arrêt *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), de la Cour suprême des États-Unis et sont, à mes yeux, tout aussi pertinentes aux questions relatives à l'existence d'un traité et à la capacité des parties qu'elles ne le sont à l'égard de l'interprétation d'un traité (aux pp. 10 et 11):

[TRADUCTION] Lorsqu'on interprète un traité conclu entre les États-Unis et une tribu indienne, il faut toujours [...] avoir à l'esprit que les négociations relatives au traité ont été menées pour le compte des États-Unis, une nation éclairée et puissante, par des représentants experts en diplomatie, qui maîtrisent une langue écrite, qui comprennent les modes et les formes pour créer les divers types de propriétés qui relèvent de leur droit, et qui ont reçu l'assistance d'un interprète à leur service; que le traité a été rédigé par ceux-ci et dans leur propre langue; que, par ailleurs, les Indiens sont un peuple faible et dépendant qui ne possède aucune langue écrite et n'est absolument pas familier avec toute forme d'expression juridique et dont la seule connaissance des termes dans lesquels le traité est formulé lui a été donnée par l'interprète au service des États-Unis; et le traité doit par conséquent être interprété non pas selon le sens technique de ses termes pour des avocats compétents, mais selon ce qui serait, pour les Indiens, leur sens naturel.

Les peuples indiens sont aujourd'hui beaucoup plus versés dans l'art de la négociation avec les autorités publiques qu'ils ne l'étaient à l'époque où la Cour suprême des États-Unis rendait sa décision dans *Jones*. Le document sous étude ayant été conclu plus de cent ans avant cette décision, ces considérations ne plaident qu'avec plus de force la nécessité pour les tribunaux d'adopter une attitude généreuse et libérale.

B. *Question of Capacity of Parties Involved*

Before deciding whether the intention in the document of September 5, 1760 was to enter into a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, this Court must decide preliminary matters regarding the capacity of Great Britain, General Murray and the Huron nation to enter into a treaty. If any one of these parties was without such capacity, the document at issue could not be a valid treaty and it would then be pointless to consider it further.

As to General Murray's capacity, the appellant argued that Bisson J.A. erred in suggesting that he had admitted Murray's capacity to enter into a treaty. He said he only admitted that the signature on the document was that of Murray and that the document was a safe conduct. As I consider that Murray had the capacity to enter into a treaty, the question of whether or not an admission was made in this regard is of no importance.

I will first examine the capacity of Great Britain to enter into a treaty and then consider that of Murray and the Hurons.

1. Capacity of Great Britain

At this preliminary stage of the analysis, and for purposes of discussion, it has to be assumed that the document of September 5, 1760 possesses the characteristics of a treaty and that the only issue that arises concerns the capacity of the parties to create obligations of the kind contained in a treaty.

The appellant argued that the British Crown could not validly enter into a treaty with the Hurons as it was not sovereign in Canada in 1760. The appellant based this argument on the rules of international law, as stated by certain eighteenth and nineteenth century writers, which required that a state should be sovereign in a territory before it could alienate that territory. (See E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758), vol. II, book III, para. 197; E. Ortolan, *Des moyens d'acquérir le domaine*

B. *La question de la capacité des parties impliquées*

Avant de décider si on a voulu par le document du 5 septembre 1760 conclure un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, cette Cour doit décider de questions préliminaires touchant à la capacité de la Grande-Bretagne, du général Murray et de la nation huronne de conclure un traité. Si l'une quelconque de ces parties était dépourvue de cette capacité, le document en l'espèce ne pourrait être un traité valide et il serait alors inutile de l'examiner plus en détail.

En ce qui concerne la capacité du général Murray, l'appelant a plaidé que le juge Bisson a fait erreur en suggérant qu'il avait admis la capacité de Murray de conclure un traité. Il soutient avoir seulement admis que la signature sur le document était celle de Murray et que le document était un sauf-conduit. Comme je suis d'avis que Murray avait la capacité de conclure un traité, la question de savoir s'il y a eu ou non admission à cet égard est sans importance.

J'examinerai d'abord la capacité de la Grande-Bretagne de conclure un traité pour ensuite me pencher sur celle de Murray et des Hurons.

1. La capacité de la Grande-Bretagne

À ce stade préliminaire de l'analyse, et aux fins de la discussion, il faut tenir pour acquis que le document du 5 septembre 1760 présente les caractéristiques d'un traité et que la seule question qui se soulève porte sur la capacité des parties de créer des obligations de la nature de celles contenues dans un traité.

L'appelant prétend que la Couronne britannique ne pouvait valablement conclure un traité avec les Hurons, du fait qu'elle n'était pas souveraine au Canada en 1760. L'appelant fonde cet argument sur les principes de droit international, tels que les rapportent certains auteurs du XVIII^e et du XIX^e siècles, qui exigeaient qu'un État soit souverain sur un territoire avant qu'il ne puisse l'aliéner. (Voir E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), t. II, livre III, par. 197; E. Ortolan, *Des moyens d'acquérir le domaine inter-*

international ou propriété d'État entre les nations (1851), para. 167.)

Without deciding what the international law on this point was, I note that the writers to whom the appellant referred the Court studied the rules governing international relations and did not comment on the rules which at that time governed the conclusion of treaties between European nations and native peoples. In any case, the rules of international law do not preclude the document being characterized as a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. At the time with which we are concerned relations with Indian tribes fell somewhere between the kind of relations conducted between sovereign states and the relations that such states had with their own citizens. The *Simon* decision, *supra*, is clear in this regard: an Indian treaty is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law (p. 404).

Of course, if the document is a treaty, it could not have been binding on France if Canada had remained under its sovereignty at the end of the war. It would be fair to assume that the Hurons knew enough about warfare to understand that a treaty concluded with the enemy would be of little use to them if the French regained *de facto* control of New France.

Both *Simon* and *White and Bob* make it clear that the question of capacity must be seen from the point of view of the Indians at that time, and the Court must ask whether it was reasonable for them to have assumed that the other party they were dealing with had the authority to enter into a valid treaty with them. I conclude without any hesitation that the Hurons could reasonably have believed that the British Crown had the power to enter into a treaty with them that would be in effect as long as the British controlled Canada. France had not hesitated to enter into treaties of alliance with the Hurons and no one ever seemed to have questioned France's capacity to conclude such agreements. From the Hurons' point of view, there was no difference between these two European states. They were both foreigners to the

national ou propriété d'État entre les nations (1851), par. 167.)

Sans décider de l'état du droit international sur cette question, je note que les auteurs auxquels l'appelant nous a référés étudiaient les principes régissant les relations internationales et ne se prononçaient pas sur les principes qui régissaient, à l'époque, la conclusion de traités entre les nations européennes et les peuples autochtones. De toute façon, les principes de droit international ne sont pas un obstacle à ce que le document puisse être qualifié de traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Les relations avec les tribus indiennes se situaient à l'époque qui nous concerne, quelque part entre le genre de relations qu'entretenaient des États souverains et les relations que de tels États entretenaient avec leurs propres citoyens. L'arrêt *Simon*, précité, est clair à cet égard: un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international (p. 404).

Bien sûr, si le document est un traité, il n'aurait pas pu lier la France si le Canada était resté sous sa souveraineté à la fin de la guerre. En effet, il serait juste de présumer que les Hurons connaissaient suffisamment les choses de la guerre pour comprendre qu'un traité conclu avec l'ennemi leur serait de peu d'utilité si les Français reprenaient le contrôle *de facto* de la Nouvelle-France.

Tant *Simon* que *White and Bob* mettent clairement en évidence qu'il faut voir la question de la capacité avec les yeux des Indiens de l'époque et se demander s'il était raisonnable qu'ils aient présumé que leur interlocuteur était habilité à conclure un traité valide avec eux. C'est sans hésitation aucune que je conclus que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que la Couronne britannique avait le pouvoir de conclure un traité avec eux qui serait en vigueur tant que les Britanniques contrôlèrent le Canada. En effet, la France n'avait pas hésité à conclure des traités d'alliance avec les Hurons et personne ne semblait jamais avoir mis en doute la capacité de la France de conclure de telles ententes. Du point de vue des Hurons, rien ne distinguait ces deux États européens. Tant l'un que l'autre leur étaient étrangers

Hurons and their presence in Canada had only one purpose, that of controlling the territory by force.

2. General Murray's Capacity

The appellant disputes Murray's capacity to sign a treaty on behalf of Great Britain on the ground that he was at that time only Governor of the city and district of Québec and a brigadier general in the British Army. As Governor, he was subject to the authority of His Majesty's Secretary of State for the Southern Department, and as a soldier he was the subordinate of General Amherst, the "Commander in Chief of His Britannic Majesty's Troops and Forces in North America". It is true that Murray's capacity to enter into this treaty is less obvious than that of Great Britain to "treat" with the Indians.

In *Simon* Dickson C.J. cited with approval, at pp. 400-401, N. A. M. MacKenzie in "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, on the question of a person's powers to enter into a treaty with the Indians:

As to the capacity of the Indians to contract and the authority of Governor Hopson to enter into such an agreement, with all deference to His Honour, both seem to have been present. Innumerable treaties and agreements of a similar character were made by Great Britain, France, the United States of America and Canada with the Indian tribes inhabiting this continent, and these treaties and agreements have been and still are held to be binding. Nor would Governor Hopson require special "powers" to enter into such an agreement. Ordinarily "full powers" specially conferred are essential to the proper negotiating of a treaty, but the Indians were not on a par with a sovereign state and fewer formalities were required in their case. Governor Hopson was the representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

The Chief Justice went on as follows, at p. 401:

The Treaty was entered into for the benefit of both the British Crown and the Micmac people, to maintain peace and order as well as to recognize and confirm the existing hunting and fishing rights of the Micmac. In

et leur présence au Canada n'avait qu'un seul et même but: celui de contrôler par la force le territoire.

2. La capacité du général Murray

L'appelant conteste la capacité de Murray de signer un traité au nom de la Grande-Bretagne au motif qu'il n'était alors que gouverneur de la ville et du district de Québec et brigadier général de l'armée britannique. En tant que gouverneur, il était soumis à l'autorité du secrétaire d'État de Sa Majesté pour le Département du sud et en tant que militaire, il était le subalterne du général Amherst, qui lui était le «Commandant en chef des troupes et forces de Sa Majesté britannique en Amérique septentrionale». Il est vrai que la capacité de Murray de conclure ce traité est moins évidente que celle de la Grande-Bretagne de «traiter» avec les Indiens.

Dans l'arrêt *Simon*, le juge en chef Dickson citait avec approbation, aux pp. 400 et 401, N. A. M. MacKenzie dans «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561 sur la question des pouvoirs d'une personne de conclure un traité avec les Indiens:

[TRADUCTION] Quant à la capacité des Indiens de contracter et au pouvoir du gouverneur Hopson de conclure un tel accord, avec tout le respect à l'égard de son honneur, il semble que les deux aient été présents. De nombreux traités et accords d'un caractère semblable ont été conclus par la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis d'Amérique et le Canada avec des tribus indiennes habitant ce continent et ces traités et accords ont été et sont toujours considérés comme exécutoires. Le gouverneur Hopson n'avait pas non plus besoin de «pouvoirs» spéciaux pour conclure un tel accord. D'habitude, les «pouvoirs complets» qui sont conférés spécialement sont essentiels pour négocier de façon appropriée un traité, toutefois les Indiens n'étaient pas sur un pied d'égalité avec un état souverain et moins de formalités étaient nécessaires dans leur cas. Le gouverneur Hopson était le représentant de Sa Majesté et, à ce titre, il avait le pouvoir nécessaire pour conclure un accord avec les tribus indiennes.

Le Juge en chef poursuivait ainsi à la p. 401:

Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À

my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution. The Micmac Chief and the three other Micmac signatories, as delegates of the Micmac people, would have possessed full capacity to enter into a binding treaty on behalf of the Micmac. Governor Hopson was the delegate and legal representative of His Majesty the King. It is fair to assume that the Micmac would have believed that Governor Hopson, acting on behalf of His Majesty the King, had the necessary authority to enter into a valid treaty with them. I would hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties.

To arrive at the conclusion that a person had the capacity to enter into a treaty with the Indians, he or she must thus have represented the British Crown in very important, authoritative functions. It is then necessary to take the Indians' point of view and to ask whether it was reasonable for them to believe, in light of the circumstances and the position occupied by the party they were dealing with directly, that they had before them a person capable of binding the British Crown by treaty. To determine whether the Hurons' perception of Murray's capacity to sign a treaty on behalf of Great Britain was reasonable, the importance of the part played by the latter in Canada in 1760 has to be established.

Although during the siege of Québec James Murray was the fourth ranking officer in the British military hierarchy in Canada, after the death of Wolfe and the departure of Townshend and Monckton he became the highest ranking officer in the British Army stationed in Canada. General Amherst was the highest military authority in North America and his authority covered all British soldiers in Canada. Murray received the command of the troops at Québec from him. A very important fact is that since 1759 Murray had also acted as military governor of the Québec district, which included Lorette. He had used his powers to regulate, *inter alia*, the currency exchange rate and the prices of grain, bread and meat and to create civil courts and appoint judges (*Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec* (1939), at pp. 10, 11, 12, 14, 16 and 17).

mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges. Le chef micmac et les trois autres signataires micmacs, à titre de délégués du peuple micmac, possédaient l'entière capacité de conclure un traité exécutoire pour le compte des Micmacs. Le gouverneur Hopson était le délégué et le représentant légal de Sa Majesté Le Roi. Il est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté le Roi, avait le pouvoir pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été valablement créé par des parties compétentes.

Pour en arriver à la conclusion qu'une personne avait la capacité de conclure un traité avec les Indiens, il faut donc qu'elle ait représenté la Couronne britannique dans des fonctions très importantes d'autorité. Il faut ensuite se placer du point de vue des Indiens et se demander s'il était raisonnable de leur part, eu égard aux circonstances et à la position occupée par leur interlocuteur direct, de croire qu'ils avaient devant eux une personne capable d'engager la Couronne britannique par traité. Pour déterminer si la perception des Hurons concernant la capacité de Murray de signer un traité pour le compte de la Grande-Bretagne était raisonnable, il faut établir l'importance du rôle que jouait ce dernier au Canada en 1760.

Même si James Murray était le quatrième officier dans la hiérarchie militaire britannique au Canada durant le siège de Québec, il devint, suite à la mort de Wolfe et aux départs de Townshend et Monckton, l'officier de plus haut rang de l'armée britannique en poste au Canada. Le général Amherst était la plus haute autorité militaire en Amérique du Nord et son autorité s'étendait à tous les militaires britanniques au Canada. C'est de lui que Murray avait reçu le commandement des troupes à Québec. Fait très important, Murray agissait également, depuis 1759, en tant que gouverneur militaire du district de Québec, ce qui incluait Lorette. Il avait utilisé ses pouvoirs pour régler, entre autres, le cours de la monnaie, le prix du grain, du pain et de la viande et pour constituer des tribunaux civils et nommer des juges (*Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec* (1939), aux pp. 10, 11, 12, 14, 16 et 17).

At the time the document under consideration was signed, General Amherst and his troops were occupied in crossing the rapids upstream of Montréal and it was not until some days later, probably on September 8, 1760, that they reached that city (see in this regard the work of F. X. Garneau, *Histoire du Canada français* (1969), vol. 3, at pp. 269-72). In my view, therefore, the respondents are correct in stating that on September 5, 1760, Murray was the highest ranking British officer with whom the Hurons could have conferred. The circumstances prevailing at the time, in my view, thus support the respondents' proposition that Murray in fact had the necessary capacity to enter into a treaty. Furthermore, if there is still any doubt, I think it is clear in any event that Murray had such authority in New France that it was reasonable for the Hurons to believe that he had the power to enter into a treaty with them.

It is useful at this point to note a passage from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *White and Bob*, cited with approval by this Court in *Simon* (at p. 649):

In the section [88] "Treaty" is not a word of art and in my respectful opinion, it embraces all such engagements made by persons in authority as may be brought within the term "the word of the white man" the sanctity of which was, at the time of British exploration and settlement, the most important means of obtaining the goodwill and co-operation of the native tribes and ensuring that the colonists would be protected from death and destruction. On such assurance the Indians relied.

Murray was one of those persons who could reasonably have been assumed to be capable of giving the word of the white man. Finally, I would even go so far as to say that Murray, as Governor of the Québec district, might reasonably have been regarded by the Hurons living in that district as the person most competent to sign a treaty with them. The fact that they belonged to the territory which was Murray's responsibility and in which he represented His Majesty, in my opinion, entitled them to assume he had the capacity to enter into a valid treaty with them.

Or, au moment de la signature du document sous étude, le général Amherst et ses troupes étaient occupés à franchir les rapides en amont de Montréal et ce n'est que quelques jours plus tard, vraisemblablement le 8 septembre 1760, qu'ils atteignirent cette ville (à cet effet, voir l'ouvrage de F. X. Garneau, *Histoire du Canada français* (1969), t. 3, aux pp. 269 à 272). À mon avis, les intimés affirment donc avec raison que le 5 septembre 1760, Murray était l'officier britannique de plus haut rang avec lequel les Hurons auraient pu conférer. Les circonstances prévalant à l'époque soutiennent donc, à mon avis, la proposition des intimés à l'effet que Murray avait, en fait, la capacité requise pour conclure un traité. Et, si des doutes peuvent encore subsister, je crois de toute façon qu'il est clair que Murray jouissait d'une autorité telle en Nouvelle-France qu'il était raisonnable pour les Hurons de croire qu'il possédait le pouvoir de conclure un traité avec eux.

Il convient à ce point de rappeler un passage de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *White and Bob*, cité avec approbation par cette Cour dans l'arrêt *Simon* (à la p. 649):

[TRADUCTION] Dans l'article [88], le mot «traité» n'est pas un mot technique et, à mon humble avis, il comprend tous les accords conclus par des personnes ayant autorité que peut englober l'expression «la parole de l'homme blanc» dont le caractère sacré était, à l'époque de l'exploration et de la colonisation britanniques, le moyen le plus important pour se concilier et obtenir la bienveillance et la collaboration des tribus autochtones et pour protéger la vie et la propriété des colons. Les Indiens se fondaient sur cette assurance.

Murray était l'une de ces personnes qui pouvaient raisonnablement être présumées capables de donner la parole de l'homme blanc. Enfin, en tant que gouverneur du district de Québec, j'irais même jusqu'à affirmer que Murray pouvait être raisonnablement perçu par les Hurons qui habitaient ce district comme la personne la plus compétente à signer un traité avec eux. Leur appartenance au territoire dont Murray avait la charge et où il représentait Sa Majesté, les autorisaient, à mon avis, à présumer de sa capacité de conclure un traité valide avec eux.

In short, even apart from my conclusion with respect to Murray's actual authority to sign a treaty, I am of the view that the Hurons could reasonably have assumed that, as a general, Murray was giving them a safe conduct to return to Lorette, and that as Governor of the Québec district, he was signing a treaty guaranteeing the Hurons the free exercise of their religion, customs and trade with the English. In either case no problems concerning Murray's capacity would invalidate the treaty, if there was one.

For all these reasons, therefore, I conclude that Murray had the necessary powers to enter into a treaty with the Hurons that would be binding on the British.

3. Capacity of the Hurons

The appellant argues that the Hurons could not enter into a treaty with the British Crown because this Indian nation had no historical occupation or possession of the territory extending from the St-Maurice to the Saguenay. Without going so far as to suggest that there cannot be treaties other than agreements under which the Indians cede land to the Crown, the appellant argues that a treaty could not confer rights on the Indians unless the latter could claim historical occupation or possession of the lands in question. The appellant deduces this requirement from the fact that most of the cases involving treaties between the British and the Indians concern territories which had traditionally been occupied or held at the time in question by the Indian nation which signed the treaty. The academic commentary cited by the appellant also deals with the aspect of historical occupation or possession of land found in treaties with Indians.

There is no basis either in precedent or in the ordinary meaning of the word "treaty" for imposing such a restriction on what can constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. In *Simon* (at p. 410) this Court in fact rejected the argument that s. 88 applied only to land cession treaties. In the Court's opinion that would limit severely the scope of the word "treaty"

En somme, même indépendamment de ma conclusion quant à l'existence réelle de l'autorité de Murray de signer un traité, je suis d'avis que les Hurons pouvaient raisonnablement percevoir que Murray, en tant que général, leur donnait un sauf-conduit pour retourner à Lorette et que, en tant que gouverneur du district de Québec, il signait un traité garantissant aux Hurons le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. Dans un cas comme dans l'autre, aucun problème de capacité concernant Murray n'invaliderait le traité, si traité il y a.

Pour toutes ces raisons, j'en viens donc à la conclusion que Murray détenait les pouvoirs nécessaires pour conclure avec les Hurons un traité qui lierait les Britanniques.

3. La capacité des Hurons

L'appelant argumente que les Hurons ne pouvaient conclure un traité avec la Couronne britannique parce que cette nation indienne n'avait pas d'occupation ou de possession historiques du territoire s'étendant du St-Maurice au Saguenay. Sans aller jusqu'à prétendre qu'il ne peut y avoir de traités autres que les ententes en vertu desquelles les Indiens cèdent des terres à la Couronne, l'appelant soutient qu'un traité ne pourrait reconnaître de droits aux Indiens sans que ces derniers puissent prétendre à l'occupation ou à la possession historiques des terres concernées. L'appelant déduit cette exigence du fait que la plupart des affaires impliquant des traités entre les Britanniques et les Indiens ont trait à des territoires qui avaient été occupés ou possédés traditionnellement par la nation indienne signataire au moment où un tel traité était conclu. La doctrine citée par l'appelant se penche aussi sur l'aspect d'occupation ou de possession historique de terres que l'on retrouve dans les traités avec les Indiens.

Ni la jurisprudence ni le sens ordinaire du mot «traité» ne justifient qu'une telle restriction soit imposée à ce qui peut constituer un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Dans *Simon* (p. 410) cette Cour rejeta en effet l'argument alléguant que l'art. 88 ne s'appliquait qu'à des traités portant cession de terres. La Cour fut d'avis que cela restreindrait sérieusement la portée du

and run contrary to the principle that Indians treaties should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians. The argument made here must be rejected in the same way. There is no reason why an agreement concerning something other than a territory, such as an agreement about political or social rights, cannot be a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. There is also no basis for excluding agreements in which the Crown may have chosen to create, for the benefit of a tribe, rights over territory other than its traditional territory. Accordingly, I consider that a territorial claim is not essential to the existence of a treaty.

I therefore conclude that all the parties involved were competent to enter into a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. This leads me to consider the next question: did General Murray and the Hurons in fact enter into such a treaty?

C. *Legal Nature of the Document of September 5, 1760*

1. Constituent Elements of a Treaty

In *Simon* this Court noted that a treaty with the Indians is unique, that it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. In that case the accused had relied on an agreement concluded in 1752 between Governor Hopson and the Micmac Chief Cope, and the Crown disputed that this was a treaty. The following are two extracts illustrating the reasons relied on by the Chief Justice in concluding that a treaty had been concluded between the Micmacs and the British Crown (at pp. 401 and 410):

In my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution.

The Treaty was an exchange of solemn promises between the Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the

mot «traité» et serait contraire au principe voulant que les traités avec les Indiens soient interprétés de façon libérale et que les ambiguïtés soient résolues en leur faveur. L'argument présenté ici doit être écarté de la même façon. Il n'y a aucune raison qu'une convention portant sur autre chose qu'un territoire, par exemple, une convention concernant des droits politiques ou sociaux, ne soit un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Rien ne justifie non plus l'exclusion d'accords où la Couronne aurait choisi de créer, pour le bénéfice d'une tribu, des droits portant sur un territoire autre que son territoire traditionnel. Par conséquent, je suis d'avis qu'une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité.

Je conclus donc que toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Ceci m'amène à me pencher sur la question suivante: le général Murray et les Hurons ont-ils effectivement conclu un tel traité?

C. *La nature juridique du document du 5 septembre 1760*

1. Les éléments constitutifs d'un traité

Dans l'arrêt *Simon*, cette Cour a souligné qu'un traité avec les Indiens est unique, qu'il constitue un accord *sui generis* qui n'est ni créé, ni éteint selon les règles du droit international. Dans cette affaire, l'accusé avait invoqué une entente conclue en 1752 entre le gouverneur Hopson et le chef des Micmacs Cope et le ministère public contestait qu'il s'agissait d'un traité. Voici deux passages illustrant les considérations sur lesquelles le Juge en chef s'est fondé pour conclure qu'un traité avait été conclu entre les Micmacs et la Couronne britannique (aux pp. 401 et 410):

À mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges.

Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle,

white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act*.

From these extracts it is clear that what characterizes a treaty is the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a certain measure of solemnity. In the Court of Appeal Bisson J.A. in fact adopted a similar approach when he wrote (at p. 1726):

[TRANSLATION] I feel that in order to determine whether document D-7 [the document of September 5, 1760] is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, the fundamental question is as follows: is it an agreement in which the contracting parties ... intended to create mutual obligations which they intended to observe solemnly?

In *White and Bob*, *supra*, Norris J.A. also discussed the nature of a treaty under the *Indian Act*. As he mentioned in the passage I have already quoted, the word "treaty" is not a term of art. It merely identifies agreements in which the "word of the white man" is given and by which the latter made certain of the Indians' co-operation. Norris J.A. also wrote at p. 649:

In view of the argument before us, it is necessary to point out that on numerous occasions in modern days, rights under what were entered into with Indians as solemn engagements, although completed with what would now be considered informality, have been whittled away on the excuse that they do not comply with present day formal requirements and with rules of interpretation applicable to transactions between people who must be taken in the light of advanced civilization to be of equal status. Reliance on instances where this has been done is merely to compound injustice without real justification at law. The transaction in question here was a transaction between, on the one hand, the strong representative of a proprietary company under the Crown and representing the Crown, who had gained the respect of the Indians by his integrity and the strength of his personality and was thus able to bring about the completion of the agreement, and, on the other hand, uneducated savages. The nature of the transaction itself was consistent with the informality of frontier days in this Province and such as the necessities of the occasion and the customs and illiteracy of the Indians demanded ... The unusual (by the standards of legal draftsmen) nature and form of the document considered in the light

elle est visée par le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Il ressort de ces passages que ce qui caractérise un traité c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément de solennité. Le juge Bisson, en Cour d'appel, a d'ailleurs adopté une approche similaire lorsqu'il a écrit (à la p. 1726):

Je crois que, pour déterminer si le document D-7 [le document du 5 septembre 1760] constitue un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la question fondamentale est la suivante: s'agit-il d'une entente où les parties contractantes [...] avaient l'intention de créer des obligations réciproques auxquelles elles entendaient se conformer [...] de façon solennelle?

Le juge Norris dans *White and Bob*, précité, a également discuté de la nature du traité dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*. Tel qu'il le mentionnait dans le passage que j'ai déjà cité, le mot «traité» n'est pas un mot technique. Il ne fait qu'identifier les ententes où la «parole de l'homme blanc» est donnée et par lesquelles ce dernier s'assurait de la coopération des Indiens. Le juge Norris écrivait aussi à la p. 649:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'argumentation qui nous est soumise, il est nécessaire de souligner qu'à plusieurs reprises de nos jours, des droits découlant de ce que les Indiens considéraient comme des engagements solennels, bien que pris, suivant les critères d'aujourd'hui, sans formalités, ont été réduits progressivement sous prétexte qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences formelles actuelles et aux règles d'interprétation applicables aux opérations entre des peuples qui doivent être considérés selon la civilisation évoluée comme égaux. Si l'on se fonde sur des cas où cela a été fait, c'est simplement pour composer avec la justice sans apporter de justification juridique réelle. La convention en question en l'espèce a été conclue entre, d'une part, un représentant expérimenté d'une société propriétaire régie par la Couronne et représentant la Couronne, qui avait acquis le respect des Indiens par son intégrité et la force de sa personnalité et qui avait été ainsi en mesure de conclure l'entente et, d'autre part, des sauvages sans éducation. La nature de la convention elle-même correspondait au caractère informel du temps de la colonisation de cette province et aux besoins de l'occasion ainsi que des coutumes et de l'analphabétisme des Indiens. [...] La nature et la forme inhabituelles (selon les normes des rédacteurs juridiques) du document, considérées en tenant compte des circonstances qui existaient

of the circumstances on Vancouver Island in 1854 does not detract from it as being a "Treaty".

This lengthy passage brings out the importance of the historical context, including the interpersonal relations of those involved at the time, in trying to determine whether a document falls into the category of a treaty under s. 88 of the *Indian Act*. It also shows that formalities are of secondary importance in deciding on the nature of a document containing an agreement with the Indians.

The decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, also provides valuable assistance by listing a series of factors which are relevant to analysis of the historical background. In that case the Court had to interpret a treaty, and not determine the legal nature of a document, but the factors mentioned may be just as useful in determining the existence of a treaty as in interpreting it. In particular, they assist in determining the intent of the parties to enter into a treaty. Among these factors are:

1. continuous exercise of a right in the past and at present,
2. the reasons why the Crown made a commitment,
3. the situation prevailing at the time the document was signed,
4. evidence of relations of mutual respect and esteem between the negotiators, and
5. the subsequent conduct of the parties.

2. Analysis of the Document in Light of These Factors

(a) *Wording*

Bisson J.A. of the Court of Appeal felt that the document of September 5, 1760 was a treaty because there was no need to include a reference to religion and customs in a mere safe conduct. In view of the presence of protection for certain "fundamental" rights, the document of September 5,

sur l'Île de Vancouver en 1854, ne l'empêchent pas de constituer un «traité».

Ce long passage met en relief l'importance du contexte historique, incluant les relations interpersonnelles des acteurs de l'époque, lorsqu'on recherche si un document entre dans la catégorie des traités selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il révèle aussi que les formalités sont d'une importance secondaire lorsqu'on recherche la nature d'un document consignant une entente avec les Indiens.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 nous fournit aussi une aide précieuse en énumérant une série d'éléments qui sont pertinents à l'analyse du contexte historique. Dans cette affaire, il s'agissait d'interpréter un traité et non pas de déterminer la nature juridique d'un document, mais les éléments mis en relief peuvent être aussi utiles à la recherche de l'existence d'un traité qu'à son interprétation. Ils facilitent, en particulier, la recherche de l'intention des parties de conclure un traité. Parmi ces éléments, on retrouve:

1. l'exercice continu d'un droit dans le passé et aujourd'hui;
2. les raisons pour lesquelles la Couronne s'est engagée;
3. la situation qui prévalait au moment où le document a été signé;
4. la preuve de relations de respect et d'estime entre les négociateurs; et
5. la conduite subséquente des parties.

2. Analyse du document à la lumière de ces éléments

a) *Le libellé*

Le juge Bisson de la Cour d'appel est d'avis que le document du 5 septembre 1760 est un traité parce qu'il n'y aurait eu aucune nécessité d'inclure une référence à la religion et aux coutumes dans un simple sauf-conduit. Étant donné la présence d'une protection à l'égard de certains droits «fon-

1760 was thus a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.

Several aspects of the wording of the document are consistent with the appellant's position that it was an act of surrender and a safe conduct rather than a treaty. The following is a brief review of the appellant's five main arguments in this regard. First, the document opens with the words "THESE are to certify that . . .", which would suggest that the document in question is a certificate or an acknowledgment of the Hurons' surrender, made official by Murray in order to inform the British troops. Bisson J.A. gave these introductory words an interpretation more favourable to the Hurons: the Hurons did not know how to write and the choice of words only makes it clear that the document of September 5, 1760 recorded an oral treaty.

Second, General Murray used expressions which appear to involve him only personally, which do not suggest that he was acting as a representative of the British Crown. Thus, the following expressions are used:

1. "having come to me",
2. "has been received under my Protection",
3. "By the Genl's Command".

Although the Hurons had surrendered to His Britannic Majesty, wording the document in this way could tend to show that Murray intended only to give his personal undertaking to protect the Hurons, without thereby binding the British Crown in the long term. Murray, it is argued, had only offered the Hurons military protection and had no intention of entering into a treaty.

Thirdly, the orders given to British soldiers stationed in Canada ("no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE . . . recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly . . . By the Genl's Command") would more naturally form part of a document such as a safe conduct or pass than of a treaty.

damentaux», le document du 5 septembre 1760 serait donc un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Plusieurs éléments du texte du document sont compatibles avec la position de l'appelant à l'effet qu'il s'agit d'un acte de capitulation et d'un sauf-conduit plutôt que d'un traité. Voici un exposé succinct des cinq arguments principaux de l'appelant à cet égard. Premièrement, le document s'ouvre sur les mots «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que . . .» ce qui suggérerait que le document en question constitue un certificat ou une reconnaissance de la reddition des Hurons que Murray aurait officialisée afin d'en informer les troupes britanniques. Par ailleurs, le juge Bisson a fourni une explication plus favorable aux Hurons à ces mots introductifs: les Hurons ne savaient pas écrire et le choix des mots ne fait que mettre en évidence le fait que le document du 5 septembre 1760 consigne un traité oral.

Deuxièmement, le général Murray utilise des expressions qui ne semblent l'impliquer que personnellement, qui ne suggèrent pas qu'il agissait en tant que représentant de la Couronne britannique. Ainsi, sont employées les expressions suivantes:

1. «étant venu à moi»
2. «est reçu sous ma protection»
3. «Sur l'ordre du général»

Bien que les Hurons se soient rendus à Sa Majesté britannique, cette formulation du document pourrait tendre à démontrer que Murray n'entendait donner qu'un engagement personnel de protéger les Hurons, sans pour autant engager la Couronne britannique à long terme. Murray n'aurait offert qu'une protection militaire aux Hurons et n'aurait pas eu l'intention de conclure un traité.

Troisièmement, les ordres aux soldats britanniques en poste au Canada (ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE [. . .] nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment [. . .] Sur l'ordre du général») trouveraient plus élégamment place dans un document de la nature d'un sauf-conduit ou un laissez-passer que dans un traité.

These points bring out the unilateral aspect of the document of September 5: it could be an administrative document issued by General Murray, recognizing that the Hurons had laid down their arms and giving orders to British soldiers accordingly. Finally, the document was signed only by the General's representative with no indication that it had been assented to by the Hurons' in one way or another. The main purpose of the document is thus, it is argued, to recognize the surrender, and what was more important to the Hurons, allow them to return to Lorette safely without fear of being mistaken for enemies by British soldiers they might meet along the way.

Fourth, the reference to a specific event, namely the return journey to Lorette, as opposed to a document recognizing rights in perpetuity or without any apparent time limit, could show that the purpose of this document was not to settle long-term relations between the Hurons and the British. The temporary and specific nature of the document would indicate that the parties did not intend to enter into a treaty.

Fifth, the document does not possess the formality which is usually to be found in the wording of a treaty. First, it is not the General himself who signed the document, but his adjutant on his behalf. Second, the language used in the document does not have the formalism generally accompanying the signature of a treaty with Indians. Here, for example, are extracts from the treaty at issue in *Simon* (at pp. 392-93 and 395):

Treaty or
Articles of Peace and Friendship Renewed
between

His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esquire Captain General and Governor in Chief in and over His Majesty's Province of Nova Scotia or Acadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

and

Ces éléments mettent en relief l'aspect unilatéral du document du 5 septembre: il pourrait s'agir d'un acte administratif émanant du général Murray qui reconnaît que les Hurons ont déposé les armes et qui donne, conséquemment, des ordres aux soldats britanniques. Enfin, le document n'est signé que par le représentant du général sans aucune mention que le document a reçu, d'une façon ou d'une autre, l'assentiment des Hurons. L'objet principal du document consisterait donc à reconnaître la reddition et, ce qui est plus important pour les Hurons, à leur permettre de rentrer en sécurité à Lorette sans peur d'être considérés, à tort, comme des ennemis par les soldats britanniques qu'ils croiseraient sur le chemin du retour.

Quatrièmement, la référence à un événement précis, soit le voyage de retour à Lorette, par opposition à un document qui reconnaîtrait des droits à perpétuité ou sans limite apparente dans le temps, pourrait signaler que ce document n'avait pas pour but de régir à long terme les relations entre les Hurons et les Britanniques. La nature temporaire et ponctuelle du document indiquerait que les parties n'entendaient pas conclure un traité.

Cinquièmement, le document n'est pas empreint de solennité, solennité qui caractérise habituellement le libellé même d'un traité. D'abord ce n'est pas le général lui-même qui a signé le document, mais son adjudant en son nom. Ensuite, le langage employé dans le document ne présente pas le formalisme entourant généralement la signature d'un traité avec les Indiens. Voici, par exemple, des extraits du traité sous étude dans l'affaire *Simon* (aux pp. 392, 393 et 395):

Traité ou
Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée
«Entre»

Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer Capitaine Général du Gouverneur en Chef pour le Roy de la Grande Bretagne de la Province de la Nouvelle Écosse de L'Acadie Vice Admiral de la ditte Province et Colonel d'un Régiment d'Infanterie et le Conseil de sa Majesté Dans cette Province en faveur de la ditte Majesté d'une Part—

et

Major Jean Baptiste Cope, chief Sachem of the Tribe of Mick Mack Indians Inhabiting the Eastern Coast of the said Province, and Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin & Francis Jeremiah, Members and Delegates of the said Tribe, for themselves and their said Tribe their Heirs, and the Heirs of their Heirs forever, Begun made and concluded in the manner, form and Tenor following, vizt:

In Faith and Testimony whereof, the Great Seal of the Province is hereunto Appended, and the party's to these presents have hereunto interchangeably Set their Hands in the Council Chamber at Halifax this 22nd day of Nov. 1752, in the Twenty sixth year of His Majesty's Reign.

The appellant argues that the Hurons did not formalize the document either by their signature (which would not be absolutely necessary to make it a treaty) or by the use of necklaces or belts of shells which were the traditional method used by the Hurons to formalize agreements at the time. Clearly, this argument has weight only if the document accurately indicates all the events surrounding the signature. Otherwise, extrinsic proof of solemnities could help to show that the parties intended to enter into a formal agreement and that they manifested this intent in one way or another.

While the analysis thus far seems to suggest that the document of September 5 is not a treaty, the presence of a clause guaranteeing the free exercise of religion, customs and trade with the English cannot but raise serious doubts about this proposition. It seems extremely strange to me that a document which is supposedly only a temporary, unilateral and informal safe conduct should contain a clause guaranteeing rights of such importance. As Bisson J.A. noted in the Court of Appeal judgment, there would have been no necessity to mention the free exercise of religion and customs in a document the effects of which were only to last for a few days. Such a guarantee would definitely have been more natural in a treaty where "the word of the white man" is given.

Le Major Jean Baptiste Cope Chef Sachem de la Tribu des Sauvages Mick Mack habitans les Côtes de l'Est de la dite province et Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin et François Jeremie Membres et envoyés de la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les Héritiers de leurs Héritiers à Jamais d'une autre Part le dit Traité commencé fait et conclu dans la manière Forme et Teneur qui s'ensuivent.

En Foi et en Témoignage de Quoi on a apposé le Grand Seau de ladite Province et les Parties y ont réciproquement souscrites et Signés dans la Chambre du Concel à Halifax le 22^{me} Novembre 1752 dans la 26^{me} Année du Règne de sa Majesté.

L'appelant soutient que les Hurons n'ont pas formalisé le document ni par leur signature (ce qui ne serait pas absolument nécessaire pour qu'il s'agisse d'un traité), ni par l'utilisation de colliers ou ceintures de coquillages qui constituait le moyen traditionnel pour les Hurons de l'époque de formaliser des ententes. Évidemment, cet argument n'a de poids que si le document relate fidèlement tous les événements qui en ont entouré la signature. Sinon, une preuve extrinsèque de solennités pourra contribuer à démontrer que les parties entendaient s'obliger de façon solennelle et qu'elles l'ont manifesté d'une façon ou d'une autre.

Si l'analyse jusqu'à maintenant semble suggérer que le document du 5 septembre n'est pas un traité, la présence d'une clause qui garantit le libre exercice de la religion, des coutumes et du commerce avec les Anglais ne peut que faire naître de sérieux doutes à l'égard de cette proposition. Il m'apparaît extrêmement étrange qu'un document qui ne serait qu'un sauf-conduit temporaire, unilatéral et informel contienne une clause qui garantisse des droits d'une telle importance. Comme le souligne le juge Bisson dans le jugement de la Cour d'appel, il n'y aurait aucune nécessité à ce qu'on mentionne le libre exercice de la religion et des coutumes dans un document ne devant produire des effets que durant quelques jours. Une telle garantie trouverait définitivement mieux sa place dans un traité où «la parole de l'homme blanc» est donnée.

The appellant and the Attorney General of Canada put forward certain explanations for the presence of such guarantees in the document:

1. the free exercise of religion and customs was part of the protection under which General Murray received the Hurons;
2. the free exercise of religion and customs is mentioned because these benefits had been conferred on Canadians laying down their arms earlier.

As this Court recently noted in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, at p. 201, extrinsic evidence is not to be used as an aid to interpreting a treaty in the absence of ambiguity or where the result would be to alter its terms by adding words to or subtracting words from the written agreement. This rule also applies in determining the legal nature of a document relating to the Indians. However, a more flexible approach is necessary as the question of the existence of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* is generally closely bound up with the circumstances existing when the document was prepared (*White and Bob*, *supra*, at pp. 648-49, and *Simon*, *supra*, at pp. 409-10). In any case, the wording alone will not suffice to determine the legal nature of the document before the Court. On the one hand, we have before us a document the form of which and some of whose subject-matter suggest that it is not a treaty, and on the other, we find it to contain protection of fundamental rights which supports the opposite conclusion. The ambiguity arising from this document thus means that the Court must look at extrinsic evidence to determine its legal nature.

(b) *Extrinsic Evidence*

It was suggested that the Court examine three types of extrinsic evidence to assist it in determining whether the document of September 5 is a treaty. First, to indicate the parties' intent to enter into a treaty, the Court was offered evidence to present a picture of the historical context of the period. Then, evidence was presented of certain facts closely associated with the signing of the document and relating to the existence of the

L'appelant et le procureur général du Canada avancent certaines explications concernant la présence de ces garanties dans le document:

1. le libre exercice de la religion et des coutumes faisait partie de la protection en vertu de laquelle le général Murray a reçu les Hurons.
2. le libre exercice de la religion et des coutumes est mentionné parce que ces avantages étaient accordés aux Canadiens qui déposaient les armes auparavant.

Comme l'a récemment rappelé cette Cour dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, à la p. 201, on ne doit pas avoir recours à une preuve extrinsèque pour interpréter un traité s'il n'y a aucune ambiguïté ou si cela aurait pour effet d'en modifier le texte par l'adjonction ou la suppression de certains termes. Cette règle s'applique aussi lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un document relatif aux Indiens. Toutefois, il faut faire preuve de plus de flexibilité car la question de l'existence d'un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* est généralement intimement liée aux circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé (*White and Bob*, précité, aux pp. 648 et 649, et *Simon*, précité, aux pp. 409 et 410). De toute façon, le seul libellé ne nous permet pas de déterminer la nature juridique du document qui nous occupe. D'une part, nous sommes confrontés à un document dont la forme et certains des sujets qu'il aborde suggèrent qu'il ne s'agit pas d'un traité et d'autre part, nous y retrouvons une protection de droits fondamentaux qui appuie la conclusion opposée. L'ambiguïté qui se dégage de ce document rend donc inévitable que l'on ait recours à la preuve extrinsèque pour en déterminer la nature juridique.

b) *La preuve extrinsèque*

On nous propose ici d'examiner trois types de preuve extrinsèque pour nous éclairer quant à savoir si le document du 5 septembre est un traité. On nous offre d'abord, à titre d'indication de l'intention des parties de conclure un traité, une preuve brossant un tableau du contexte historique de l'époque. Puis, on nous présente la preuve de certains faits ayant entouré de près la conclusion du document pertinents à l'existence des divers

various constituent elements of a treaty. Finally, still with a view to determining whether the parties intended to enter into a treaty, the Court was told of the subsequent conduct of the parties in respect of the document of September 5, 1760.

I should first mention that the admissibility of certain documents submitted by the intervener the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations in support of its arguments was contested. The intervener was relying on documents that were not part of the record in the lower courts. The appellant agreed that certain of these documents, namely Murray's Journal, letters and instructions, should be included in the record provided this Court considered that their admissibility was justified by the concept of judicial notice. I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervener or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

The Court is entitled "to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous" as Lord du Parcq said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C., at pp. 652-4.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case.

The appellant argues that the historical context at the time the document of September 5 was concluded shows that the parties had no intention to enter into a treaty. The respondents and the intervener the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations, on the other hand, maintain that the historical background to this document supports the existence of a common intent to sign a treaty.

éléments constitutifs d'un traité. Toujours dans le but de déterminer si les parties avaient ou non l'intention de conclure un traité, on nous a enfin relaté la conduite postérieure des parties à l'égard du document du 5 septembre 1760.

Je dois d'abord mentionner que l'admissibilité de certains documents que nous a présentés l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, à l'appui de ses prétentions a fait l'objet de contestation. L'intervenante a en effet invoqué des documents qui ne faisaient pas partie du dossier devant les instances inférieures. L'appelant a accepté que certains de ces documents, soit le Journal de Murray, des lettres et des instructions, soient versés au dossier à condition que cette Cour soit d'avis que leur admissibilité se justifie par la notion de connaissance judiciaire. Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la p. 629):

[TRADUCTION] La cour a le droit «de prendre connaissance d'office des faits historiques passés ou contemporains» comme l'a dit lord du Parcq dans l'arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l'histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, d'identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige.

L'appelant soutient que le contexte historique lors de la conclusion du document du 5 septembre démontre que les parties n'avaient aucune intention de conclure un traité. À l'opposé, les intimés et l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, prétendent que le contexte historique dans lequel s'intègre ce document supporte l'existence d'une intention commune de signer un traité.

On September 5, 1760, France and England were engaged in a war begun four years earlier, which ended with the Treaty of Paris signed on February 10, 1763. About a year earlier, the battle of the Plains of Abraham had allowed the British to take control of Québec City and the surrounding area. During the year following this victory, British troops had worked to consolidate their military position in Canada and to solve the supply and other practical problems engendered by the very harsh winter of 1759.

In his work *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1769), vol. II, at p. 382 (day of September 3, 1760), Captain Knox also relates the efforts of General Murray to win the loyalty of the Canadians. General Murray at that time invited French soldiers to surrender and Canadians to lay down their arms. He had made it widely known that he would pardon those who surrendered and allow them to keep their land. He had also promised them that he would make larger grants of land and protect them. He gave those who responded to his appeal and took the oath of allegiance to the British Crown safe conducts to return to their parishes. Steps were also taken to inform the Indians who were allies of the British of these changes of allegiance so as to ensure that they would not be attacked on the way back.

As the advantageous position and strength of the British troops became more and more apparent, several groups did surrender and it appears that this movement accelerated in the days preceding that on which the document at issue was signed. In his *Historical Journal*, at the entries for September 1, 2 and 3, 1760, Knox indicates that:

The whole parish of Varenne have surrendered, delivered up their arms, and taken the oaths; their fighting-men consisted of five companies of militia: two other parishes, equally numerous, have signified their intentions of submitting to-morrow.

Le 5 septembre 1760, la France et l'Angleterre s'opposaient dans une guerre entreprise quatre ans auparavant et qui devait se conclure avec le Traité de Paris, signé le 10 février 1763. Environ une année plus tôt, la bataille des Plaines d'Abraham avait permis aux Britanniques de prendre le contrôle de la ville de Québec et de la région environnante. Les troupes britanniques s'employèrent, durant l'année qui suivit cette victoire, à consolider leur position militaire au Canada et à résoudre les problèmes d'approvisionnement et autres problèmes pratiques engendrés par l'hiver très rigoureux de 1759.

Le capitaine Knox, dans son ouvrage intitulé *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1769), vol. II, à la p. 382 (journée du 3 septembre 1760), nous fait aussi part des efforts du général Murray pour gagner la loyauté des Canadiens. Le général Murray invitait alors les soldats français à se rendre et les Canadiens à déposer les armes. Il avait largement fait diffuser qu'il pardonnerait à ceux qui se rendraient et qu'il leur permettrait de garder leurs terres. Il leur avait également promis de leur faire de plus larges concessions et de les protéger. Il fournissait à ceux qui répondaient à son appel et prêtaient le serment d'allégeance à la Couronne britannique des sauf-conduits pour rentrer dans leur paroisse. De plus, des mesures étaient prises afin d'informer les Indiens alliés des Britanniques de ces changements d'allégeance pour éviter qu'ils ne les attaquent sur le chemin du retour.

L'avantage et la force des troupes britanniques devenant de plus en plus évidents, plusieurs groupes s'étaient en effet rendus et il semble que ce mouvement se soit intensifié dans les jours qui ont précédé celui de la signature du document qui nous concerne. Knox, dans son *Historical Journal*, aux entrées du 1^{er}, 2 et 3 septembre 1760, nous révèle que:

[TRADUCTION] Toute la paroisse de Varenne s'est rendue, nous a livré ses armes et a prêté serment; les combattants étaient rassemblés dans cinq compagnies de milice: deux autres paroisses, aussi populeuses, ont signé leur intention de se rendre demain.

The Canadians are surrendering every-where; they are terrified at the thoughts of Sir William Johnson's Indians coming among them, by which we conjecture they are near at hand.

The regulars now desert to us in great numbers, and the Canadian militia are surrendering by hundreds.

In fact, the total defeat of France in Canada was very near: the Act of Capitulation of Montreal, by which the French troops stationed in Canada laid down their arms, was signed on September 8, 1760 and signalled the end of France's *de facto* control in Canada.

Great Britain's *de jure* control of Canada took the form of the Treaty of Paris of February 10, 1763, a treaty which *inter alia* ensured that the "Inhabitants of Canada" would be free to practise the Roman Catholic religion. Some months later, the Royal Proclamation of October 7, 1763 organized the territories recently acquired by Great Britain and reserved two types of land for the Indians: that located outside the colony's territorial limits and the establishments authorized by the Crown inside the colony.

From the historical situation I have just briefly outlined the appellant deduced that the document at issue is only a capitulation and that the legal nature of such a document should not be construed differently depending on whether it relates to the Indians or to the French. The Court has before it, he submitted, only a capitulation comparable to a capitulation of French soldiers or Canadians, which cannot be elevated to the category of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* simply because an Indian tribe was a party to it. In other words, as Murray signed the same kind of document with respect to the Indians, the French or the Canadians his intent could not have been any different. The appellant also maintains that, like the capitulations of the Canadians and the French soldiers, this document was only temporary in nature in that its consequences would cease when the fate of Canada was finally settled at the end of the war.

I consider that, instead, we can conclude from the historical documents that both Great Britain

Les Canadiens se rendent partout; ils sont terrifiés à la pensée d'être attaqués par les Indiens de sir William Johnson, ce qui nous amène à croire qu'ils seraient dans les environs.

Maintenant les réguliers désertent en grand nombre et les miliciens canadiens se rendent par centaines.

En fait, la défaite totale de la France au Canada était imminente; l'Acte de capitulation de Montréal, par lequel les troupes françaises postées au Canada déposaient les armes, fut signé le 8 septembre 1760 et sonna le glas du contrôle de fait de la France au Canada.

Le contrôle *de jure* de la Grande-Bretagne sur le Canada prit la forme du Traité de Paris du 10 février 1763, traité qui assura, entre autres, la liberté de la religion catholique aux «Habitans du Canada». Quelques mois plus tard, la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres: celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie.

L'appelant déduit de la situation historique que je viens brièvement d'exposer que le document sous étude ne constitue qu'une capitulation et qu'il n'y a pas lieu d'interpréter différemment la nature juridique d'un tel acte selon qu'il concerne les Indiens ou les Français. Nous n'aurions devant nous qu'une capitulation comparable à une capitulation de soldats français ou de Canadiens qui ne peut s'élever à la catégorie des traités au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* du seul fait qu'une tribu indienne y soit partie. En d'autres mots, Murray ne pouvait avoir une intention différente à l'égard des Indiens et des Français ou des Canadiens alors qu'il signait le même type de document. L'appelant soutient également que ce document, comme les capitulations des Canadiens et des soldats français, n'avait qu'un caractère temporaire en ce que ses effets devaient s'éteindre avec le règlement final du sort du Canada à la fin de la guerre.

Je suis d'avis que les documents historiques nous permettent plutôt de conclure que tant la Grande-

and France felt that the Indian nations had sufficient independence and played a large enough role in North America for it to be good policy to maintain relations with them very close to those maintained between sovereign nations.

The mother countries did everything in their power to secure the alliance of each Indian nation and to encourage nations allied with the enemy to change sides. When these efforts met with success, they were incorporated in treaties of alliance or neutrality. This clearly indicates that the Indian nations were regarded in their relations with the European nations which occupied North America as independent nations. The papers of Sir William Johnson (*The Papers of Sir William Johnson*, 14 vol.), who was in charge of Indian affairs in British North America, demonstrate the recognition by Great Britain that nation-to-nation relations had to be conducted with the North American Indians. As an example, I cite an extract from a speech by Sir Johnson at the Onondaga Conference held in April 1748, attended by the Five Nations:

Brethren of the five Nations I will begin upon a thing of a long standing, our first Brotherhood. My Reason for it is, I think there are several among you who seem to forget it; It may seem strange to you how I a Foreigner should know this, But I tell you I found out some of the old Writings of our Forefathers which was thought to have been lost and in this old valuable Record I find, that our first Friendship Commenced at the Arrival of the first great Canoe or Vessel at Albany . . . [Emphasis added.]

(*The Papers of Sir William Johnson*, vol. I, 1921, at pp. 157-58.)

As the Chief Justice of the United States Supreme Court said in 1832 in *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), at pp. 548-49, about British policy towards the Indians in the mid-eighteenth century:

Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines.

En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes. Les documents de sir William Johnson (*The Papers of Sir William Johnson*, 14 vol.), responsable des affaires indiennes en Amérique du Nord britannique témoignent de la reconnaissance de la part de la Grande-Bretagne du fait qu'il fallait entretenir des relations de nation à nation avec les Indiens d'Amérique du Nord. À titre d'exemple, je cite un extrait du discours de sir Johnson à la Conférence d'Onondaga tenue en avril 1748 et à laquelle assistaient les Cinq Nations:

[TRADUCTION] Frères des Cinq Nations, je tiens tout d'abord à souligner quelque chose qui dure depuis longtemps, notre première relation de Frères. La raison pour laquelle je le fais, c'est que je crois que plusieurs d'entre vous semblent l'oublier; il peut vous sembler insolite qu'un étranger comme moi le sache, mais je puis vous dire que j'ai découvert certains des anciens écrits de nos ancêtres qu'on croyait perdus, et dans un ancien document important j'ai trouvé que notre première amitié a commencé lors de l'arrivée du premier grand canoë ou vaisseau à Albany . . . [Je souligne.]

(*The Papers of Sir William Johnson*, vol. I, 1921, aux pp. 157 et 158.)

Comme le disait le Juge en chef de la Cour suprême des États-Unis en 1832 dans l'affaire *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), aux pp. 548 et 549, à propos de la politique britannique du milieu du XVIII^e siècle envers les Indiens:

Such was the policy of Great Britain towards the Indian nations inhabiting the territory from which she excluded all other Europeans; such her claims, and such her practical exposition of the charters she had granted: she considered them as nations capable of maintaining the relations of peace and war; of governing themselves, under her protection; and she made treaties with them, the obligation of which she acknowledged. [Emphasis added.]

Further, both the French and the English recognized the critical importance of alliances with the Indians, or at least their neutrality, in determining the outcome of the war between them and the security of the North American colonies.

Following the crushing defeats of the English by the French in 1755, the English realized that control of North America could not be acquired without the co-operation of the Indians. Accordingly, from then on they made efforts to ally themselves with as many Indian nations as possible. The French, who had long realized the strategic role of the Indians in the success of any war effort, also did everything they could to secure their alliance or maintain alliances already established (J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763* (1981); "Mr. Nelson's Memorial about the State of the Northern Colonies in America", September 24, 1696, reproduced in E. B. O'Callaghan, ed., *Documents relative to the Colonial History of New York* (1856), vol. VII, at p. 206¹; "Letter from Sir William Johnson to William Pitt", October 24, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, 1921, at pp. 269 et seq.; "Mémoire de Bougainville sur l'artillerie du Canada", January 11, 1759, in *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924* (1924), at p. 58; *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759* (1895), at p. 428).

England also wished to secure the friendship of the Indian nations by treating them with generosity and respect for fear that the safety and development of the colonies and their inhabitants would be compromised by Indians with feelings of hostility

¹ The original of this document is marked "Colonial Office 323, vol. 2, document A42".

[TRADUCTION] C'était la politique de la Grande-Bretagne à l'égard des nations indiennes qui habitaient le territoire d'où elle avait exclu tous les autres Européens; c'était ses revendications et sa présentation pratique des chartes qu'elle a accordées: elle les considérait comme des nations capables de maintenir les relations de paix et de guerre, de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection, et elle a conclu des traités avec elles, dont elle a reconnu le caractère obligatoire. [Je souligne.]

De plus, tant les Français que les Anglais reconnaissaient l'importance déterminante des alliances ou du moins, de la neutralité, des Indiens quant à l'issue de la guerre qui les opposait et à la sécurité des colonies d'Amérique du Nord.

Suite aux défaites écrasantes des Anglais aux mains des Français en 1755, les Anglais s'étaient rendu compte que le contrôle de l'Amérique du Nord ne pourrait s'acquérir sans la collaboration des Indiens. Aussi, s'employaient-ils depuis à s'allier le plus grand nombre possible de nations indiennes. Conscients depuis longtemps du rôle stratégique des Indiens pour le succès de tout effort de guerre, les Français n'épargnaient rien non plus pour se les allier ou s'assurer du maintien des alliances déjà acquises (J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763* (1981); «Mr. Nelson's Memorial about the State of the Northern Colonies in America» du 24 septembre 1696, reproduit dans E. B. O'Callaghan, éd., *Documents relative to the Colonial History of New York* (1856), vol. VII, à la p. 206¹; «Lettre de sir William Johnson à William Pitt» du 24 octobre 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, 1921, aux pp. 269 et suiv.; «Mémoire de Bougainville sur l'artillerie du Canada» du 11 janvier 1759, dans le *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924* (1924), à la p. 58; *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759* (1895), à la p. 428).

L'Angleterre désirait aussi s'assurer de l'amitié des nations indiennes en les traitant avec générosité et égards par peur que la sécurité et le développement des colonies et de leurs habitants ne soient compromis par des Indiens atteints d'un

¹ L'original de ce document porte la cote «Colonial Office 323, vol. 2, document A42».

ty. One of the extracts from Knox's work which I cited above reports that the Canadians and the French soldiers who surrendered asked to be protected from Indians on the way back to their parishes. Another passage from Knox, also cited above, relates that the Canadians were terrified at the idea of seeing Sir William Johnson's Indians coming among them. This proves that in the minds of the local population the Indians represented a real and disturbing threat. The fact that England was also aware of the danger the colonies and their inhabitants might run if the Indians withdrew their co-operation is echoed in the following documents: "Letter from Sir William Johnson to the Lords of Trade", November 13, 1763, reproduced in O'Callaghan, ed., op. cit., at pp. 574, 579 and 580²; "Letter from Sir William Johnson to William Pitt", October 24, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, at pp. 270 and 274; M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours* (1987); "Letter from Amherst to Sir William Johnson", August 30, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. X, 1951, at p. 177; "Instructions from George II to Amherst", September 18, 1758, National Archives of Canada (MG 18 L 4 file 0 20/8); C. Colden, *The History of the Five Indian Nations of Canada* (1747), at p. 180; Stagg, op. cit., at pp. 166-67; and by analogy *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*, entry of December 31, 1759, at pp 15-16.

This "generous" policy which the British chose to adopt also found expression in other areas. The British Crown recognized that the Indians had certain ownership rights over their land, it sought to establish trade with them which would rise above the level of exploitation and give them a fair return. It also allowed them autonomy in their internal affairs, intervening in this area as little as possible.

² The original of this document is numbered "Colonial Office 323, vol. 18, document R51", pp. 97-116. Note that the reproduction in O'Callaghan wrongly gives the date of November 13, 1763. The document is in fact dated November 18, 1763.

sentiment d'inimitié. Un des extraits de l'ouvrage de Knox que j'ai cités plus haut rapporte que les Canadiens et les soldats français qui se rendaient demandaient à ce qu'on les protège des Indiens sur le chemin du retour vers leur paroisse. Un autre passage de Knox, également précité, relate que les Canadiens étaient terrifiés à l'idée de voir les Indiens à la suite de sir William Johnson arriver au Canada. Cela prouve que les Indiens représentaient une menace réelle et inquiétante dans l'esprit de la population locale. Que l'Angleterre était aussi consciente du danger que pourrait courir les colonies et leurs habitants si les Indiens retiraient leur collaboration trouve écho dans les documents suivants: «Lettre de sir William Johnson aux Lords of Trade» du 13 novembre 1763, reproduit dans O'Callaghan, éd., op. cit., aux pp. 574, 579 et 580²; «Lettre de sir William Johnson à William Pitt» du 24 octobre 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, aux pp. 270 et 274; M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours* (1987); «Lettre d'Amherst à sir William Johnson» du 30 août 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. X, 1951, à la p. 177; «Instructions from George II to Amherst» du 18 septembre 1758, Archives nationales du Canada (MG 18 L 4 file 0 20/8); C. Colden, *The History of the Five Indian Nations of Canada* (1747), à la p. 180; Stagg, op. cit., aux pp. 166 et 167, et par analogie, *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*, entrée du 31 décembre 1759, aux pp. 15 et 16.

Cette politique «généreuse» qu'avaient choisi d'adopter les Britanniques trouvait aussi son expression dans d'autres domaines. La Couronne britannique reconnaissait, en effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine.

² L'original de ce document porte la cote «Colonial Office 323, vol. 18, document R51», pp. 97 à 116. À noter que la reproduction dans O'Callaghan porte erronément la date du 13 novembre 1763. Ce document est en fait daté du 18 novembre 1763.

Whatever the similarities between a document recording the laying down of arms by French soldiers or Canadians and the document at issue, the analogy does not go so far as to preclude the conclusion that the document was nonetheless a treaty.

Such a document could not be regarded as a treaty so far as the French and the Canadians were concerned because under international law they had no authority to sign such a document: they were governed by a European nation which alone was able to represent them in dealings with other European nations for the signature of treaties affecting them. The colonial powers recognized that the Indians had the capacity to sign treaties directly with the European nations occupying North American territory. The *sui generis* situation in which the Indians were placed had forced the European mother countries to acknowledge that they had sufficient autonomy for the valid creation of solemn agreements which were called "treaties", regardless of the strict meaning given to that word then and now by international law. The question of the competence of the Hurons and of the French or the Canadians is essential to the question of whether a treaty exists. The question of capacity has to be examined from a fundamentally different viewpoint and in accordance with different principles for each of these groups. Thus, I reject the argument that the legal nature of the document at issue must necessarily be interpreted in the same way as the capitulations of the French and the Canadians. The historical context which I have briefly reviewed even supports the proposition that both the British and the Hurons could have intended to enter into a treaty on September 5, 1760. I rely, in particular, on Great Britain's stated wish to form alliances with as many Indians as possible and on the demoralizing effect for the French, the Canadians and their allies which would result from the loss of this long-standing Indian ally whose allegiance to the French cause had until then been very seldom shaken.

Let us now turn to the second type of extrinsic evidence proposed by the parties, namely evidence

Quelles que soient les similarités entre un document constatant le dépôt des armes par des soldats français ou des Canadiens et le document qui nous occupe, l'analogie ne va pas jusqu'à empêcher qu'on en arrive à la conclusion que ce dernier constitue tout de même un traité.

À l'égard des Français et des Canadiens, un tel acte ne pouvait être considéré comme un traité parce que le droit international ne leur reconnaissait pas la compétence pour signer un tel document: ils dépendaient d'une nation européenne qui était la seule à pouvoir les représenter auprès des autres nations européennes pour la signature de traités les concernant. Or, les puissances coloniales reconnaissaient aux Indiens la capacité de signer directement des traités avec les nations européennes qui occupaient les territoires d'Amérique du Nord. La situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelé «traités», indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme. La question de la compétence des Hurons et des Français ou des Canadiens est essentielle à la question de l'existence d'un traité. Or, pour chacun de ces groupes la question de la capacité doit être examinée sous un angle foncièrement différent et à partir de principes différents. Aussi, je rejette l'argument qui veut qu'on interprète nécessairement de la même façon la nature juridique de l'acte qui nous concerne et les capitulations des Français et des Canadiens. Le contexte historique dont j'ai brièvement fait état supporte même la proposition que tant les Britanniques que les Hurons pouvaient avoir l'intention de conclure un traité le 5 septembre 1760. Je me fonde, en particulier, sur le désir avoué de la Grande-Bretagne de s'allier le plus grand nombre d'Indiens possible et sur l'effet démoralisant qu'engendrerait, chez les Français, les Canadiens et leurs alliés, la perte de cet allié indien de longue date et dont la fidélité à la cause française n'avait jusque-là été que très rarement ébranlée.

Examinons maintenant le deuxième type de preuve extrinsèque que nous proposent les parties,

relating to facts which were contemporaneous with or which occurred shortly before or after the signing of the document of September 5, 1760.

The respondents first presented evidence that the document of September 5, 1760 was the outcome of negotiations between Murray and certain Indian nations, including the Hurons, who wished to make peace with the British Crown. Knox's Journal reports the following events for September 6 (at p. 384):

Eight Sachems, of different nations, lately in alliance with the enemy, have surrendered, for themselves and their tribes, to General Murray: these fellows, after conferring with his Excellency, and that all matters had been adjusted to their satisfaction, stepped out to the beach opposite to Montreal, flourished their knives and hatchets, and set up the war-shout; intimating to the French, that they are now become our allies and their enemies. While these Chieftains were negotiating a peace, two of our Mohawks entered the apartment where they were with the General and Colonel Burton . . . [Emphasis added.]

Although it is not entirely clear, Knox appears to be relating here events which took place the preceding day, on September 5. This interpretation is confirmed by the fact that Murray makes no reference in his Journal to any meeting with the Indians on the 6th but mentions one on the 5th, while Knox records no meeting with the Indians on the 5th. Both are thus probably speaking of the same meeting on September 5.

The foregoing passage shows that the document of September 5 was not simply an expression of General Murray's wishes, but the result of negotiations between the parties. This document was thus not simply a unilateral act, a simple acknowledgment or safe conduct, but the embodiment of an agreement reached between the representative of the British Crown and the representatives of the Indian nations present, including the representative of the Lorette Hurons.

Knox goes on to say that the Mohawks wanted to turn on the various Indian groups allied with the French who had just concluded peace with the British. Murray and Burton intervened and the

soit les éléments de preuve relatant des faits contemporains ou qui ont précédé ou suivi de peu la conclusion du document du 5 septembre 1760.

a Les intimés nous ont d'abord présenté une preuve à l'effet que le document du 5 septembre 1760 serait l'aboutissement de négociations intervenues entre Murray et quelques nations indiennes, dont les Hurons, qui désiraient faire la paix avec la Couronne britannique. Le Journal de Knox rapporte les événements suivants pour le 6 septembre (à la p. 384):

[TRADUCTION] Huit Sachems, de différentes nations qui étaient récemment alliées à l'ennemi, se sont rendus en leur nom et en celui de leurs tribus au général Murray: ces personnes, après avoir discuté avec Son Excellence et après que toutes les questions eurent été réglées à leur satisfaction, se sont rendus sur la rive opposée à Montréal, ont brandi leurs couteaux et leurs haches et ont lancé leur cri de guerre, indiquant aux Français qu'ils étaient maintenant devenus nos alliés et leurs ennemis. Pendant que ces chefs étaient en train de négocier la paix, deux de nos Mohawks sont entrés dans la pièce où ils se trouvaient avec le général et le colonel Burton . . . [Je souligne.]

Bien que cela ne soit pas sans ambiguïté, Knox semble ici relater des événements qui auraient eu lieu la veille, soit le 5 septembre. Cette interprétation est confirmée par le fait que Murray, dans son Journal, ne fait référence à aucune rencontre avec les Indiens le 6 mais en mentionne une le 5, alors que Knox ne fait état d'aucune rencontre avec des Indiens le 5. Tous deux parlent donc vraisemblablement de la même rencontre du 5 septembre.

Le passage cité plus haut démontre que le document du 5 septembre n'est pas l'expression de la seule volonté du général Murray mais le résultat de négociations entre les parties. Ce document ne constitue donc pas simplement un acte unilatéral, une simple reconnaissance ou sauf-conduit, mais la matérialisation d'une entente intervenue entre le représentant de la Couronne britannique et les représentants des nations indiennes présents, dont celui des Hurons de Lorette.

Knox poursuit en racontant que les Mohawks ont voulu s'en prendre aux différents groupes d'Indiens alliés des Français qui venaient de conclure la paix avec les Britanniques. Murray et Burton

Mohawks merely made threats against them. What is significant for purposes of this case is that these threats reflected the Mohawks' perception as to the nature of the agreement which had just been concluded between the eight Sachems and Murray. The Mohawks said the following (at p. 385):

Do you remember, when you treacherously killed one of our brothers at such a time? Ye shall one day pay dearly for it, ye cowardly dogs,—let the treaty be as it will:—I tell you, we will destroy you and your settlement. . . . [Emphasis added.]

The view taken by these Indians was apparently shared by Murray himself. The note written by Murray in his Journal, on September 5, 1760, indicates that he considered that a peace treaty had been concluded with the Indian nations in question:

Sepr. 5th. March'd with them myself and on the road, met the Inhabitants who were coming to deliver their arms, and take the oaths, there two nations of Indians, of Hurons and Iroquois, came in & made their Pace. . . . [Emphasis added.]

(Knox, *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1916), vol. III, at p. 831.)

The accounts given by Knox and Murray himself of the events on the days that are critical for this case are quite consistent with British policy, which favoured alliance or at least neutrality for the greatest number of the Indian nations in the newly conquered territories. By holding negotiations to conclude a peace treaty between the Hurons and the British, Murray was only giving effect to this clear policy of Great Britain.

The intervenor the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations provided the Court with some very interesting evidence in this regard. It submitted the minutes of a conference between Sir William Johnson and the representatives of the Eight Nations, including the Lorette Hurons, held in Montréal on September 16, 1760 (*The Papers of Sir William Johnson*, vol. XIII, 1962, at p. 163). Although the appellant objected to the Court considering this document, I feel it is a reliable source which allows us to take cogni-

étant intervenus, les Mohawks se sont limités à proférer des menaces à leur endroit. D'intérêt pour la présente affaire, ces menaces reflétaient la perception des Mohawks quant à la nature de l'entente qui venait d'être conclue entre les huit Sachems et Murray. Les Mohawks se sont ainsi exprimés (à la p. 385):

[TRADUCTION] Vous souvenez-vous lorsque vous avez trahéusement tué un de nos frères à ce moment-là? Un jour vous le paierez cher, lâches, peu importe le traité: je vous le dis nous vous détruirons ainsi que votre village . . . [Je souligne.]

La perception de ces Indiens était, semble-t-il, partagée par Murray lui-même. En effet, la note qu'inscrit Murray le 5 septembre 1760 dans son Journal indique qu'il considérait qu'un traité de paix était intervenu avec les nations indiennes en question:

[TRADUCTION] Le 5 septembre. J'ai marché avec eux moi-même et sur la route j'ai rencontré les habitants qui venaient rendre leurs armes et prêter serment, il y avait deux nations d'Indiens, des Hurons et des Iroquois, qui sont venues et qui ont fait la paix . . . [Je souligne.]

(Knox, *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1916), vol. III, à la p. 831.)

Les récits de Knox et de Murray lui-même relatant les faits des journées déterminantes pour cette affaire se marient tout à fait bien avec la politique britannique qui favorisait l'alliance, ou du moins la neutralité, du plus grand nombre de nations indiennes dans les territoires nouvellement conquis. En tenant des négociations pour la conclusion d'un traité de paix entre Hurons et Britanniques, Murray ne faisait que donner suite à cette politique claire de la Grande-Bretagne.

L'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, nous a offert une preuve fort intéressante à cet égard. Elle nous a présenté le procès-verbal d'une conférence à laquelle participaient sir William Johnson et les représentants des Huit Nations, dont les Hurons de Lorette, qui a été tenue le 16 septembre 1760 à Montréal (*The Papers of Sir William Johnson*, vol. XIII, 1962, à la p. 163). Bien que l'appellant se soit opposé à ce que nous considérions ce document, j'estime qu'il s'agit d'une source fiable nous

zance of a historical fact. Its being submitted by the intervener does not in any way prevent the Court from taking judicial notice of it. Indeed, I can only express my appreciation to the intervener for facilitating my research.

The minutes of this conference refer in several places to the peace recently concluded between the Eight Nations and the English and their allies (at pp. 163-64):

B^r. W^y.

You desired of us to [*sée*] deliver up your People who [*may be*] are still among us—[*We*] As you have now settled all matters wth. us & we are become firm Friends. . . .

a Belt

B^r. W.

As we have now made a firm Peace wth. the Eng^{sh}. & y^e. 6 Nat^s. we shall endeavour all in our Pow^r. to keep it inviolably. . . .

a large Belt.

[Emphasis added.]

These words were spoken by spokesmen for the Eight Nations and clearly show that the Indians and Sir William Johnson considered that relations between these Indian nations and the British would now take the form of an alliance (“firm friends”). This new situation was undoubtedly the outcome of the peace concluded between the parties, a peace desired by the Eight Nations as well as the British (“. . . we have now made a firm Peace with the English . . .”)

Finally, it is worth noting that each of the contributions made by spokesmen at this conference was followed by the presentation of a belt to solemnize the content of the undertakings that had just been made or the words which had just been spoken. As we saw earlier, the appellant contends that the document of September 5, 1760 is not a treaty, *inter alia*, because the tokens of solemnity that ordinarily accompanied treaties between the Indians and the British are not present. I think it is reasonable to conclude that the circumstances existing on September 5 readily explain the absence of such solemnities. Murray was not given notice of the meeting, and *a fortiori* its purpose,

permettant de prendre connaissance d'un fait de l'histoire. Qu'il ait été mis de l'avant par l'intervenante n'empêche en rien qu'il fasse partie de la connaissance judiciaire. Je ne peux d'ailleurs que
a lui être reconnaissant d'avoir ainsi facilité mes recherches.

Le procès-verbal de cette conférence fait référence à quelques reprises à la paix récemment conclue entre les Huit Nations et les Anglais et leurs alliés (aux pp. 163 et 164):
b

[TRADUCTION] B^r. W^y.

Vous désirez que nous livrions vos gens qui sont [*peuvent être*] toujours parmi nous—[*Nous*] Comme vous avez maintenant réglé toutes les questions avec nous et que nous sommes devenus de bons amis . . .

une ceinture

B^r. W.

Étant donné que nous avons maintenant conclu une paix durable avec les Anglais et nous, les Six nations, nous tenterons de toutes nos forces de la respecter inviolablement. . . .

une grosse ceinture.

[Je souligne.]

Ces paroles ont été prononcées par des porte-paroles des Huit Nations et démontrent bien que les Indiens et sir William Johnson considéraient que les relations entre ces nations indiennes et les Britanniques appartenaient désormais au domaine de l'alliance («bons amis»). Ce nouvel état de choses était sans contredit le fruit de la paix conclue entre les parties, paix intervenue tant par la volonté des Huit Nations que des Britanniques
e («. . . nous avons maintenant conclu une paix durable avec les Anglais . . .»)
f

Enfin, il est intéressant de noter que chacune des interventions des porte-paroles lors de cette conférence a été suivie de la présentation d'une ceinture afin de solenniser le contenu des engagements qui venaient d'être pris ou paroles qui venaient d'être dites. Comme nous l'avons vu plus tôt, l'appelant soutient que le document du 5 septembre 1760 n'est pas un traité, entre autres, parce qu'il ne porte pas les marques de solennité qui caractérisent normalement les traités entre Indiens et Britanniques. Or, je crois qu'il est raisonnable de conclure que les circonstances qui existaient le 5 septembre expliquent facilement l'absence de telles solennités. En effet, la rencontre et, à fortiori son
g

and it was therefore largely improvised. Murray also had very little time to spend on ceremony: his troops were moving towards Montréal and were on a war footing. He himself was busy organizing the final preparations for a meeting between his army and that of Amherst and Haviland in Montréal, for the purpose of bringing down this last significant French bastion in Canada. Although solemnities are not crucial to the existence of a treaty, I think it is in any case reasonable to regard the presentation of belts at the conference on September 16 as a solemn ratification of the peace agreement concluded a few days earlier.

Lastly, the Court was asked to consider the subsequent conduct of the parties as extrinsic evidence of their intent to enter into a treaty. I do not think this is necessary, since the general historical context of the time and the events closely surrounding the document at issue have persuaded me that the document of September 5, 1760 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. The fact that the document has allegedly not been used in the courts or other institutions of our society does not establish that it is not a treaty. Non-user may very well be explained by observance of the rights contained in the document or mere oversight. Moreover, the subsequent conduct which is most indicative of the parties' intent is undoubtedly that which most closely followed the conclusion of the document. Eleven days after it was concluded, at the conference to which I have just referred, the parties gave a clear indication that they had intended to conclude a treaty.

I am therefore of the view that the document of September 5, 1760 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. At this point, the appellant raises two arguments against its application to the present case. First, he argues that the treaty has been extinguished. In the event that it has not been, he argues that the treaty is not such as to render ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* inopera-

but, n'avait pas été annoncée à Murray et fut donc en grande partie improvisée. De plus, Murray n'avait que peu de temps à consacrer aux cérémonies. Ses troupes se déplaçaient vers Montréal et étaient sur le pied de guerre. Lui-même s'ingéniait alors à orchestrer les derniers préparatifs de son armée pour le rendez-vous avec l'armée d'Amherst et de Haviland à Montréal qui avait pour but de faire tomber ce dernier bastion français important au Canada. Bien que la présence de solennités ne soit pas d'une importance cruciale pour l'existence d'un traité je crois, de toute façon, qu'il est raisonnable de voir dans la présentation des ceintures lors de la conférence du 16 septembre une ratification solennelle de l'accord de paix conclu quelques jours plus tôt.

En dernier lieu, on nous demande de considérer la conduite postérieure des parties comme preuve extrinsèque de l'intention de celle-ci de conclure un traité. Je considère que cela n'est pas nécessaire puisque le contexte historique général de l'époque et les faits ayant entouré de près le document qui nous occupe me convainquent que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. La prétendue non-utilisation du document devant les tribunaux ou devant d'autres institutions de notre société ne démontre pas qu'il ne s'agit pas d'un traité. La non-utilisation peut fort bien s'expliquer par le respect des droits contenus dans ce document ou par le simple oubli. D'ailleurs, la conduite postérieure la plus probante de l'intention des parties est sans doute celle qui suit de plus près la conclusion du document. Onze jours après la conclusion du document, lors de la conférence à laquelle je viens de faire référence, les parties ont donné une indication claire qu'ils avaient eu l'intention de conclure un traité.

Je suis donc d'avis que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. À ce stade, l'appelant oppose deux moyens à son application dans la présente affaire. Il plaide d'abord que le traité a été éteint. Dans l'hypothèse où il ne l'aurait pas été, il soutient que ce traité n'est pas de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*. Examinons d'abord si

tive. Let us first consider whether on May 29, 1982, the date on which the respondents engaged in the activities which are the subject of the charges, the treaty still had any legal effects.

V—Legal Effects of Treaty of September 5, 1760 on May 29, 1982

The appellant argues that, assuming the document of September 5 is a treaty, it was extinguished by the following documents or events:

1. the Act of Capitulation of Montreal³, signed on September 8, 1760;
2. the Treaty of Paris signed on February 10, 1763;
3. the Royal Proclamation of October 7, 1763;
4. the legislative and administrative history of the Hurons' land; and
5. the effect of time and non-user of the treaty.

Neither the documents nor the legislative and administrative history to which the appellant referred the Court contain any express statement that the treaty of September 5, 1760 has been extinguished. Even assuming that a treaty can be extinguished implicitly, a point on which I express no opinion here, the appellant was not able in my view to meet the criterion stated in *Simon* regarding the quality of evidence that would be required in any case to support a conclusion that the treaty had been extinguished. That case clearly established that the onus is on the party arguing that the treaty has terminated to show the circumstances and events indicating it has been extinguished. This burden can only be discharged by strict proof, as the Chief Justice said at pp. 405-6:

Given the serious and far-reaching consequences of a finding that a treaty right has been extinguished, it seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises.

³ See *Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791* (2nd and rev. ed. 1918), Part I, at p. 25.

le traité produisait toujours des effets juridiques le 29 mai 1982, date où les intimés exerçaient les activités qui font l'objet des accusations.

V—Les effets juridiques du traité du 5 septembre 1760 le 29 mai 1982.

L'appelant plaide que, dans la mesure où le document du 5 septembre est un traité, il a été éteint par les documents ou les événements suivants:

1. l'Acte de capitulation de Montréal³ signé le 8 septembre 1760;
2. le Traité de Paris signé le 10 février 1763;
3. la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
4. l'histoire législative et administrative concernant les terres des Hurons; et
5. l'effet du temps et la non-utilisation du traité.

Ni les documents ni l'histoire législative et administrative auxquels l'appelant nous réfère ne fournissent de déclaration expresse à l'effet que le traité du 5 septembre 1760 a été éteint. Même en supposant qu'un traité puisse être éteint implicitement, sujet sur lequel je n'exprime aucune opinion ici, l'appelant ne réussit pas, à mon avis, à satisfaire au critère énoncé dans *Simon* quant à la qualité de la preuve qui serait de toute façon requise pour qu'on puisse envisager conclure à l'extinction d'un traité. Cet arrêt a clairement établi qu'il appartient à la partie qui soutient que le traité a pris fin de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Ce fardeau ne pourra être déchargé que par une preuve absolue comme le disait le Juge en chef aux pp. 405 et 406:

Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été éteint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose.

³ Voir *Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791* (2^e éd. rév. 1918), Partie I, à la p. 7.

The appellant did not submit any persuasive evidence of extinguishment of the treaty. He argues, first, that the treaty had become obsolete because the Act of Capitulation of Montreal replaced all other acts of capitulation, thereby extinguishing them. This argument is based on art. 50 of the Act of Capitulation, which reads as follows:

[TRANSLATION] The present capitulation shall be inviolably executed in all its articles, and bona fide, on both sides, notwithstanding any infraction, and any other pretence, with regard to the preceding capitulations, and without making use of reprisals. [Emphasis added.]

As I have concluded that this is a peace treaty and not a capitulation, art. 50 has no application in this case, so far as extinguishment of the treaty of September 5 is concerned. That article was designed to ensure that the signatories would comply with the Act of Capitulation, in spite of the existence of reasons for retaliation which the parties might have had as the result of breaches of an earlier act of capitulation. Article 50 can only apply to preceding acts signed on behalf of France, such as the Act of Capitulation of Québec in late 1759. I see nothing here to support the conclusion that this article was also intended to extinguish a treaty between an Indian nation and the British.

The appellant also cites art. 40 of the Act of Capitulation of Montreal, which provides that:

[TRANSLATION] The Savages or Indian allies of his most Christian Majesty, shall be maintained in the Lands they inhabit; if they chuse to remain there; they shall not be molested on any pretence whatsoever, for having carried arms, and served his most Christian Majesty; they shall have, as well as the French, liberty of religion, and shall keep their missionaries. [Emphasis added.]

France could not have claimed to represent the Hurons at the time the Act of Capitulation was made, since the latter had abandoned their alliance with the French some days before. As they were no longer allies of the French, this article does not apply to them. In my opinion, the article can only be interpreted as a condition on which the French agreed to capitulate. Though the Indian allies of

L'appellant n'a pas présenté une preuve convaincante de l'extinction du traité. Il argumente d'abord que le traité serait devenu caduc parce que l'Acte de capitulation de Montréal a remplacé tous les autres actes de capitulation, entraînant ainsi leur extinction. Cet argument s'appuie sur l'art. 50 de l'Acte de capitulation qui se lit comme suit:

La presente Capitulation Sera Inviolablement Exécutée En tous Ses Articles, de part et d'autre et de bonne foy, Non obstant toute Infraction et tout autre prétexte par Rapport aux précédentes Capitulations, et Sans pouvoir Servir de représailles. [Je souligne.]

Ayant conclu que nous sommes en présence d'un traité de paix et non d'une capitulation, l'art. 50 ne trouve aucune application, en l'instance, en ce qui concerne l'extinction du traité du 5 septembre. Cet article visait à s'assurer que les parties signataires respecteraient l'Acte de capitulation malgré l'existence de motifs de rétorsion que les parties auraient pu faire valoir suite à la violation d'un acte de capitulation antérieur. L'article 50 ne peut viser que les actes précédents signés au nom de la France, tel l'Acte de capitulation de Québec survenu à la fin de l'année 1759. Je n'y vois rien qui nous permette de conclure que cet article visait également à éteindre un traité entre une nation indienne et les Britanniques.

L'appellant cite aussi l'art. 40 de l'Acte de capitulation de Montréal qui dispose que:

Les Sauvages ou Indiens Alliés de Sa M^{te} tres Chretienne Seront maintenus dans Les Terres qu'ils habitent, S'ils Veulent y rester; Ils ne pourront Estre Inquietés Sous quelque prétexte que ce puisse Estre, pour avoir pris les Armes et Servi Sa Ma^{te} très Chretienne.—Ils auront Comme les François, la Liberté de Religion et Conserveront leurs Missionnaires. [Je souligne.]

La France ne pouvait prétendre représenter les Hurons au moment où l'Acte de capitulation est intervenu puisque ces derniers avaient abandonné leur alliance avec les Français quelques jours auparavant. N'étant plus des alliés des Français, cet article ne les vise donc pas. À mon avis, on ne peut interpréter cet article que comme une condition à laquelle les Français acceptaient de capituler.

the French were its beneficiaries, it was fundamentally an agreement between the French and the British which in no way prevented independent agreements between the British and the Indian nations, whether allies of the French or of the British, being concluded or continuing to exist. Further, I think it is clear that the purpose of art. 40 was to assure the Indians' of certain rights, not to extinguish existing rights.

It would be contrary to the general principles of law for an agreement concluded between the English and the French to extinguish a treaty concluded between the English and the Hurons. It must be remembered that a treaty is a solemn agreement between the Crown and the Indians, an agreement the nature of which is sacred: *Simon, supra*, at p. 410, and *White and Bob, supra*, at p. 649. The very definition of a treaty thus makes it impossible to avoid the conclusion that a treaty cannot be extinguished without the consent of the Indians concerned. Since the Hurons had the capacity to enter into a treaty with the British, therefore, they must be the only ones who could give the necessary consent to its extinguishment.

The same reasoning applies to the appellant's argument that the Treaty of Paris of February 10, 1763 between France and England terminated the treaty of September 5, 1760 between the Hurons and the English. England and France could not validly agree to extinguish a treaty between the Hurons and the English, nor could France claim to represent the Hurons regarding the extinguishment of a treaty the Hurons had themselves concluded with the British Crown.

The appellant then argued that it follows that the Royal Proclamation of October 7, 1763 extinguished the rights arising out of the treaty of September 5, 1760, because it did not confirm them. I cannot accept such a proposition: the silence of the Royal Proclamation regarding the treaty at issue cannot be interpreted as extinguishing it. The purpose of the Proclamation was first and foremost to organize, geographically and politically, the territory of the new American colonies, namely Quebec, East Florida, West Florida

ler. Même si les Indiens alliés des Français en étaient les bénéficiaires, il s'agissait fondamentalement d'un accord entre Français et Britanniques qui n'empêchait en rien que des accords indépendants entre les Britanniques et les nations indiennes, qu'elles soient alliées aux Français ou aux Britanniques, ne soient conclus ou subsistent. De plus, il me semble évident que l'art. 40 avait pour but d'assurer des droits aux Indiens et non pas d'éteindre des droits déjà existants.

Il serait contraire aux principes généraux de droit qu'un accord conclu entre les Anglais et les Français éteigne un traité conclu entre les Anglais et les Hurons. Il ne faut pas oublier qu'un traité est un accord solennel entre la Couronne et les Indiens, un accord dont le caractère est sacré: *Simon*, précité, à la p. 410, et *White and Bob*, précité, à la p. 649. La définition même d'un traité rend donc inéluctable la conclusion que l'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués. Puisque les Hurons avaient la capacité de conclure un traité avec les Britanniques, ils doivent donc être les seuls à pouvoir donner le consentement nécessaire à son extinction.

Le même raisonnement s'applique à l'argument de l'appelant selon lequel le Traité de Paris du 10 février 1763 intervenu entre la France et l'Angleterre aurait mis fin au traité du 5 septembre 1760 entre les Hurons et les Anglais. L'Angleterre et la France ne pouvaient pas s'entendre valablement pour éteindre un traité entre les Hurons et les Anglais. La France ne pouvait non plus prétendre représenter les Hurons quant à l'extinction d'un traité que les Hurons avaient eux-mêmes conclu avec la Couronne britannique.

L'appelant soutient ensuite qu'on doit déduire que la Proclamation royale du 7 octobre 1763 a éteint les droits issus du traité du 5 septembre 1760 parce qu'elle ne les a pas affirmés. Je ne peux accepter une telle proposition: le silence de la Proclamation royale au sujet du traité qui nous occupe ne peut être interprété comme entraînant son extinction. La Proclamation visait d'abord et avant tout à organiser, géographiquement et politiquement, le territoire des nouvelles colonies en Amérique, soit le Québec, la Floride orientale, la

and Grenada, and to distribute their possession and use. It also granted certain important rights to the native peoples and was regarded by many as a kind of charter of rights for the Indians: *White and Bob*, *supra*, at p. 636; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395 (Hall J., dissenting); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.), at pp. 124-25 (Lord Denning). The very wording of the Royal Proclamation clearly shows that its objective, so far as the Indians were concerned, was to provide a solution to the problems created by the greed which hitherto some of the English had all too often demonstrated in buying up Indian land at low prices. The situation was causing dangerous trouble among the Indians and the Royal Proclamation was meant to remedy this:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.—We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions . . .

And We do further declare it to be our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

I see nothing in these passages which can be interpreted as an intention on the part of the British Crown to extinguish the treaty of September 5. The Proclamation confers rights on the

Floride occidentale et Grenade, et à en répartir la possession et l'usage. Elle accordait aussi certains droits importants aux autochtones et fut considérée par plusieurs comme une sorte de Charte des droits des Indiens: *White and Bob*, précité, à la p. 636; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 395 (le juge Hall, dissident); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.), aux pp. 124 et 125 (lord Denning). Le texte même de la Proclamation royale démontre bien que son objectif, en ce qui concerne les Indiens, consistait à fournir une solution aux problèmes engendrés par la cupidité dont certains Anglais avaient trop souvent fait preuve jusque-là afin de s'approprier des terres indiennes à vil prix. La situation exaspérait dangereusement les Indiens et la Proclamation royale se voulait un remède à cela:

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse, Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission . . .

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Je ne vois rien dans ces passages qui puisse être interprété comme une intention de la part de la Couronne britannique d'éteindre le traité du 5 septembre. La Proclamation reconnaît des droits

Indians without necessarily thereby extinguishing any other right conferred on them by the British Crown under a treaty.

Legislative and administrative history also provides no basis for concluding that the treaty was extinguished. In 1853, 9,600 acres of land located outside the territory at issue were ceded to the Hurons by the Government of Lower Canada. These lands were within the boundaries of the lands frequented by the Hurons when the treaty of September 5 was concluded. In 1903 the Hurons again ceded these 9,600 acres, without reserving the rights that had been granted to them under the treaty of September 5. The Attorney General of Quebec considers that by making this cession without reservation, the Hurons indicated beyond all doubt that this document was not a source of rights so far as they were concerned. This argument cannot stand. Assuming that the 9,600 acres ceded were initially the subject of the treaty, the absence of any reservation in the deed ceding this territory clearly cannot be interpreted as a waiver of the benefits of the treaty in the territory which was not the subject of the cession, whatever the effect of the absence of such a reservation may be with respect to the territory ceded.

The appellant further argues that by adopting the *Act to establish the Laurentides National Park*, S.Q. 1895, 58 Vict., c. 22, and by making the territory in question a park, the Quebec legislator clearly expressed his intention to prohibit the carrying on of certain activities in this territory, whether or not such activities are protected by an Indian treaty.

Section 88 of the *Indian Act* is designed specifically to protect the Indians from provincial legislation that might attempt to deprive them of rights protected by a treaty. A legislated change in the use of the territory thus does not extinguish rights otherwise protected by treaty. If the treaty gives the Hurons the right to carry on their customs and religion in the territory of Jacques-Cartier park, the existence of a provincial statute and subordinate legislation will not ordinarily affect that right.

aux Indiens sans que cela n'entraîne nécessairement l'extinction de tout autre droit leur étant reconnu par la Couronne britannique en vertu d'un traité.

^a

L'histoire législative et administrative ne permet pas non plus de conclure que le traité a été éteint. En 1853, 9 600 acres de terres situés en dehors du territoire en litige ont été cédés aux Hurons par le gouvernement du Bas-Canada. Ces terres se trouvaient dans les limites des terres fréquentées par les Hurons au moment où le traité du 5 septembre a été conclu. En 1903, les Hurons cédaient de nouveau ces 9 600 acres sans réserver les droits qui leur avaient été accordés en vertu du traité du 5 septembre. Le procureur général du Québec est d'avis qu'en faisant cette cession sans réserve, les Hurons ont indiqué hors de tout doute que ce document ne constituait pas, à leurs yeux, une source de droits. Cet argument ne peut tenir. À supposer que les 9 600 acres cédés aient initialement fait l'objet du traité, l'absence de réserve dans l'acte de cession de ce territoire ne peut certes pas être interprétée comme une renonciation aux avantages du traité sur le territoire qui ne faisait pas l'objet de la cession, quel que soit l'effet d'une telle absence de réserve à l'égard du territoire cédé.

^f

L'appelant soulève aussi qu'en adoptant la *Loi établissant le Parc national des Laurentides*, S.Q. 1895, 58 Vict., ch. 22, et en faisant du territoire en litige un parc, le législateur québécois exprimait clairement son intention d'empêcher que ce territoire soit le cadre de certaines activités, que l'exercice de ces activités soit protégé ou non par traité à l'égard des Indiens.

^h

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise justement à protéger les Indiens de la législation provinciale qui chercherait à abroger des droits protégés par un traité. Le changement de vocation du territoire, effectué par voies législatives, n'entraîne donc pas l'extinction de droits par ailleurs protégés par un traité. Si le traité accorde aux Hurons le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc de la Jacques-Cartier, l'existence d'une loi et de législation subordonnée provinciales n'affecterait normalement pas ce droit.

Finally, the appellant argues that non-user of the treaty over a long period of time may extinguish its effect. He cites no authority for this. I do not think that this argument carries much weight: a solemn agreement cannot lose its validity merely because it has not been invoked to, which in any case is disputed by the respondents, who maintain that it was relied on in a seigneurial claim in 1824. Such a proposition would mean that a treaty could be extinguished merely because it had not been relied on in litigation, which is untenable.

In view of the liberal and generous approach that must be adopted towards Indians rights and the evidence in the record, I cannot conclude that the treaty of September 5 no longer had any legal effect on May 29, 1982.

The question that arises at this point is as to whether the treaty is capable of rendering ss. 9 and 37 of the Regulations inoperative. To answer this it will now be necessary to consider the territorial scope of the rights guaranteed by the treaty, since the appellant recognizes that the activities with which the respondents are charged are customary or religious in nature.

VI—Territorial Scope of Rights Guaranteed by Treaty of September 5, 1760

Although the document of September 5 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, that does not necessarily mean that the respondents are exempt from the application of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*. It is still necessary that the treaty protecting activities of the kind with which the respondents are charged cover the territory of Jacques-Cartier park. The appellant argues that the territorial scope of the treaty does not extend to the territory of the park. The respondents, on the other hand, argue that the treaty confers personal rights on them and that they are in no way seeking to assert rights of a territorial nature.

Although this case does not involve a territorial claim as such, in that the Hurons are not claiming control over territory, I am of the view that exercise of the right they are claiming has an essential territorial aspect. The respondents argue that they

En dernier lieu, l'appellant affirme que la non-utilisation du traité sur une longue période de temps peut en éteindre les effets. Il ne cite aucune autorité à l'appui. Je ne crois pas que cet argument présente beaucoup de sérieux: une entente solennelle ne peut perdre sa valeur du seul fait qu'elle n'a pas été invoquée, ce qui est d'ailleurs contesté par les intimés qui affirment qu'elle l'a été lors d'une revendication seigneuriale en 1824. Une conséquence intenable que suggérerait une telle proposition est qu'un traité pourrait être éteint du seul fait qu'il n'a pas été invoqué à l'occasion de litiges.

En regard de l'attitude libérale et généreuse qu'il faut adopter envers les droits des Indiens et de la preuve au dossier je ne peux conclure que le traité du 5 septembre ne produisait plus d'effet juridique le 29 mai 1982.

La question qui se soulève à ce point consiste à déterminer si le traité est de nature à rendre les art. 9 et 37 du Règlement inopérants. Pour y répondre, il convient dès maintenant d'examiner la portée territoriale des droits qui sont garantis par le traité puisque l'appellant reconnaît que les activités reprochées aux intimés sont de nature coutumière ou religieuse.

VI—La portée territoriale des droits garantis par le traité du 5 septembre 1760

Bien que le document du 5 septembre soit un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* cela ne signifie pas nécessairement que les intimés sont immunisés de l'application du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*. Encore faut-il que le traité qui protège des activités de la nature de celles reprochées aux intimés couvre le territoire du Parc de la Jacques-Cartier. L'appellant soutient que la portée territoriale du traité ne s'étend pas au territoire du Parc. Les intimés plaident, quant à eux, que le traité leur accorde des droits personnels et qu'ils ne cherchent nullement à se faire reconnaître des droits de nature territoriale.

Bien que cette affaire n'implique pas une revendication territoriale en soi en ce que les Hurons ne réclament pas le contrôle d'un territoire, je suis d'avis que la jouissance du droit qu'ils prétendent détenir comporte un aspect territorial essentiel. En

have a right to carry on their customs and religious rites in a specific territory, namely that of the park. The substantive content of the right cannot be considered apart from its territorial content. Just as it would distort the nature of a right of way to consider it while ignoring its territorial aspect, one cannot logically disregard the territorial aspect of the substantive rights guaranteed by the treaty of September 5, 1760. The respondents must therefore show that the treaty guaranteed their right to carry on their customs and religious rites in the territory of Jacques-Cartier park.

The treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and their religion. No mention is made in the treaty itself of the territory over which these rights may be exercised. There is also no indication that the territory of what is now Jacques-Cartier park was contemplated. However, for a freedom to have real value and meaning, it must be possible to exercise it somewhere. That does not mean, despite the importance of the rights concerned, that the Indians can exercise it anywhere. Our analysis will be confined to setting the limits of the promise made in the treaty, since the respondents have at no time based their argument on the existence of aboriginal rights protecting the activities with which they are charged.

The respondents suggest that the treaty gives them the right to carry on their customs and religion in the territory of the park because it is part of the territory frequented by the Hurons in 1760, namely the area between the Saguenay and the St-Maurice. In their submission, customs as they existed at the time of the treaty and as they might reasonably be expected to develop subsequently are what the British Crown undertook to preserve and foster.

The appellant argued in the Court of Appeal that the free exercise of the customs mentioned in the document of September 5, 1760 has to be limited to the Lorette territory, a territory of 40 arpents by 40 arpents. In this Court, he argues that even if the treaty covers the activities with which the respondents are charged, these rights

effet, les intimés prétendent avoir le droit d'exercer leurs coutumes et leurs rites religieux sur un territoire précis, soit le territoire du Parc. Or, le contenu substantif du droit ne peut être considéré indépendamment de son contenu territorial. De la même façon que ce serait fausser la nature d'un droit de passage que de l'étudier en ignorant l'élément territorial, on ne peut logiquement faire abstraction de l'élément territorial qui s'attache aux droits substantifs garantis par le traité du 5 septembre 1760. Les intimés doivent donc démontrer que le traité leur garantissait le droit d'exercer leurs coutumes et leurs rites religieux sur le territoire du Parc de la Jacques-Cartier.

Le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion. Aucune mention n'est faite dans le traité lui-même du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Rien n'y indique non plus que le territoire de ce qui constitue aujourd'hui le Parc de la Jacques-Cartier soit visé. Toutefois, pour qu'une liberté ait une valeur réelle et ait un sens, il faut pouvoir l'exercer quelque part. Cela ne signifie pas, malgré l'importance des droits concernés, que les Indiens puissent l'exercer n'importe où. Notre analyse doit se restreindre à fixer les limites de la promesse faite dans le traité puisque les intimés n'ont en aucun temps fondé leur argument sur l'existence de droits ancestraux protégeant les activités qu'on leur reproche.

Les intimés suggèrent que le traité leur donne le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc parce qu'il fait partie du territoire que fréquentaient les Hurons en 1760, soit la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice. Selon eux, ce seraient les coutumes telles qu'elles existaient au moment du traité, et telles qu'elles pouvaient raisonnablement évoluer par la suite, que la Couronne britannique se serait engagée à conserver et à favoriser.

L'appellant a argumenté en Cour d'appel qu'il faut limiter le libre exercice des coutumes dont parle le document du 5 septembre 1760 au territoire de Lorette, ce qui représente un territoire de 40 arpents par 40 arpents. Devant cette Cour, il soutient que même si le traité couvre les activités reprochées aux intimés, ces droits doivent s'exercer

must be exercised in accordance with the legislation designed to protect users of the park and to preserve it. He further argues that, except as regards the cutting of trees, the legislation only affects the way in which the right can be exercised, not the substance of the right. This should be a sufficient basis for requiring the Hurons to observe the legislation. In his intervention the Attorney General of Canada argues that the respondents' claim is essentially a territorial one and that in order to establish their rights, the respondents must show a connection between the rights claimed and their exercise in a given territory. He is of the view that the document in the present case does not connect the freedom of exercise of religion, customs and trade with the English to any territory.

In my view, the treaty essentially has to be interpreted by determining the intention of the parties on the territorial question at the time it was concluded. It is not sufficient to note that the treaty is silent on this point. We must also undertake the task of interpreting the treaty on the territorial question with the same generous approach toward the Indians that applied in considering earlier questions. Now as then, we must do our utmost to act in the spirit of *Simon*.

The historical context, which has been used to demonstrate the existence of the treaty, may equally assist us in interpreting the extent of the rights contained in it. As MacKinnon J.A. said in *Taylor and Williams, supra*, at p. 232:

Cases on Indian or aboriginal rights can never be determined in a vacuum. It is of importance to consider the history and oral traditions of the tribes concerned, and the surrounding circumstances at the time of the treaty, relied on by both parties, in determining the treaty's effect.

Before I again turn to history, the problems raised by the territorial question should be briefly stated. There are two rights in opposition here: the provincial Crown's right of ownership over the territory of the park and the Hurons' right to exercise their religion and ancestral customs on

dans le respect de la législation qui vise la protection des usagers et la préservation du Parc. De plus, il soutient que, sauf en ce qui concerne la coupe d'arbres, la législation ne fait qu'affecter les modalités d'exercice du droit et non la substance du droit. Cela devrait suffire à exiger des Hurons le respect de la législation. Le procureur général du Canada, dans son intervention, plaide que la revendication des intimés est essentiellement une revendication territoriale et que pour prouver leurs droits, les intimés doivent démontrer un lien entre les droits réclamés et leur exercice sur un territoire donné. Il est d'avis que le document en l'espèce ne lie la liberté d'exercice de la religion, des coutumes et du commerce avec les Anglais à aucun territoire.

d Selon moi, il s'agit fondamentalement d'interpréter le traité en recherchant l'intention des parties sur la question territoriale au moment de la conclusion du traité. Il ne suffit pas de constater le silence du traité sur cette question. De plus, nous devons aborder la tâche d'interpréter le traité sur la question territoriale avec la même attitude généreuse à l'égard des Indiens que celle qui a présidé à l'étude des questions précédentes. Ici comme auparavant, nous devons nous appliquer à respecter l'esprit de l'arrêt *Simon*.

Si le contexte historique a pu servir à démontrer l'existence du traité, il peut tout aussi bien nous aider à interpréter l'étendue des droits qui sont contenus dans ce traité. Comme le disait le juge MacKinnon dans *Taylor and Williams, précité*, à la p. 232:

[TRADUCTION] Les affaires concernant les droits indiens ou aborigènes ne peuvent jamais être décidées dans l'abstrait. Il importe de tenir compte de l'histoire et des traditions orales des tribus concernées et des circonstances prévalant à l'époque du traité, sur lesquelles les parties se sont appuyées pour déterminer les incidences du traité.

Avant de me tourner de nouveau vers l'histoire, il convient d'exposer brièvement les problèmes que soulève la question territoriale. Deux droits s'affrontent ici: le droit de propriété de la Couronne provinciale sur le territoire du Parc et le droit des Hurons d'exercer sur ces terres leur religion et

this land. The ownership right suggests that ordinarily the Crown can do whatever it likes with its land. On the other hand, a very special importance seems to attach to territories traditionally frequented by the Hurons so that their traditional religious rites and ancestral customs will have their full meaning. Further, the Hurons are trying to protect the possibility of carrying on these rites and customs near Lorette on territory which they feel is suited to such purposes.

Bisson J.A., for the majority of the Court of Appeal, adopted the respondents' position that the territory which is the subject of the treaty is that frequented by the Hurons in 1760. In that case one can only note that if the rights of the Hurons are defined without introducing any limiting factor, a vast area would be subject to the rights recognized by the treaty of September 5, 1760. This could mean that persons who moved into the area frequented by the Hurons after 1760 may have limited the rights resulting from the treaty by making their exercise more difficult. This proposition might even lead one to suppose, *a priori*, that the Hurons could cut down trees and make fires on private property that had been part of the territory frequented by them at that time. With respect, I feel that adopting such a position would go beyond what General Murray intended. Even a generous interpretation of the document, such as Bisson J.A.'s interpretation, must be realistic and reflect the intention of both parties, not just that of the Hurons. The Court must choose from among the various possible interpretations of the common intention the one which best reconciles the Hurons' interests and those of the conqueror.

On the other hand, to accept the argument that the parties intended to limit the scope of the treaty to the Lorette territory would mean introducing a very severe restriction that is not justified by the wording of the document since Lorette is mentioned only as a destination for safe-conduct purposes. Given the nature of Indian religious rites and especially Indian customs at the time, any significant exercise of such rights would require territory extending beyond Lorette.

leurs coutumes ancestrales. Le droit de propriété suggère que la Couronne puisse normalement utiliser ses terres à sa guise. Par ailleurs, une importance toute particulière semble s'attacher aux territoires traditionnellement fréquentés par les Hurons pour que leurs rites religieux traditionnels et leurs coutumes ancestrales revêtent toute leur signification. De plus, les Hurons défendent la possibilité de pouvoir exercer ces rites et coutumes à proximité de Lorette sur un territoire convenable à leurs yeux à ces fins.

Le juge Bisson, pour la majorité de la Cour d'appel, a adopté la position des intimés à l'effet que le territoire qui fait l'objet du traité est celui que les Hurons fréquentaient en 1760. On ne peut alors que constater que si les droits des Hurons sont définis sans y introduire un facteur de limitation, un territoire énorme serait grevé des droits contenus dans le traité du 5 septembre 1760. Cela pourrait signifier que ceux qui se sont installés après 1760 dans la région fréquentée par les Hurons ont possiblement restreint les droits qui découlent du traité en rendant leur exercice plus difficile. Cette proposition pourrait même faire supposer, *a priori*, que les Hurons pourraient couper des arbres et faire des feux sur des propriétés privées qui ont déjà fait partie du territoire qu'ils fréquentaient à l'époque. Avec respect, je crois qu'adopter une telle position dépasserait la volonté du général Murray. Même une interprétation généreuse du document, comme celle du juge Bisson, doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle des Hurons. Il s'agit de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune qui s'offrent à nous, celle qui concilie le mieux les intérêts des Hurons et ceux du conquérant.

D'un autre côté, si l'on retient l'hypothèse voulant que les parties aient eu l'intention de limiter la portée du traité au territoire de Lorette, ce serait introduire une restriction très sévère que le texte ne justifie pas puisque cet endroit n'est indiqué que comme destination pour fins de sauf-conduit. Étant donné la nature des rites religieux et surtout des coutumes indiennes de l'époque, tout exercice significatif de ces droits exigeait un territoire qui s'étendait hors de Lorette.

I consider that both the first and the second positions are unsatisfactory. In my view, neither one succeeds in deducing the common intention of the parties from the historical context. The interpretation which I think is called for when we give the historical context its full meaning is that Murray and the Hurons contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons at the time, so long as the carrying on of the customs and rites is not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory.

Let us look first at the relationship the Hurons had with the territory the respondents claim is covered by the treaty. No one argued that the area between the Saguenay and the St-Maurice was land over which there was an aboriginal title in favour of the Hurons. In fact, a group of about 300 people had been brought into the area around Québec by the Jesuits in 1650 ("Relation au R. P. Claude de Lingendes par Paul Ragueneau", of September 1, 1650, in *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France* (1858), vol. 2, at pp. 27 et seq.) and its relatively recent presence in the Lorette area suggests that the Hurons did not have historical possession of these lands.

Next, the policy of the British toward the Indians in territorial matters has to be considered. In quite general terms, the evidence shows that during the Seven Years' War the British had adopted a conciliatory attitude toward the Indians because of the lesson they had learned from their earlier defeats at the hands of the French. As I mentioned earlier, they had realized the important role the Indians would necessarily play in the war between the mother countries. The British had also understood the importance for the security of the colony of continuing peace with the Indians once the war was over. I adopt the observations of Bisson J.A. in describing Murray's attitude to the Hurons (at p. 1728):

Je considère que tant la première position que la seconde sont insatisfaisantes. Ni l'une ni l'autre ne réussissent, à mon avis, à dégager du contexte historique l'intention commune des parties. L'interprétation qui selon moi s'impose lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, c'est que Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire.

Examinons d'abord la relation qu'avaient les Hurons avec le territoire que les intimés prétendent être l'objet du traité. Personne n'a argumenté que la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice constituait des terres sur lesquelles existait un titre aborigène en faveur des Hurons. En fait, un groupe d'environ 300 personnes avait été amené dans les environs de Québec par les Jésuites en 1650 («Relation au R. P. Claude de Lingendes par Paul Ragueneau», du 1 septembre 1650, dans *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France* (1858), vol. 2, aux pp. 27 et suiv.) et sa présence relativement récente dans la région de Lorette suggère que les Hurons n'avaient pas la possession historique de ces terres.

Ensuite, il faut examiner la politique des Britanniques envers les Indiens sur les questions territoriales. Dans une perspective assez générale, la preuve démontre que durant la guerre de Sept Ans, les Britanniques avaient adopté une attitude conciliatrice à l'égard des Indiens suite à la leçon tirée de leurs défaites antérieures aux mains des Français. Comme je l'ai relaté plus haut, ils s'étaient rendu compte du rôle important que joueraient nécessairement les Indiens au cours de la guerre entre les métropoles. Les Britanniques avaient aussi compris l'importance, pour la sécurité de la colonie, de voir les Indiens conserver une attitude pacifique une fois que la guerre aurait pris fin. J'adopte les propos du juge Bisson lorsqu'il décrit l'attitude de Murray à l'égard des Hurons (à la p. 1728):

[TRANSLATION] In this connection, the reference to customs in treaty D-7 takes on particular importance, as Murray held the Hurons in high regard and undoubtedly wanted to be as much help to them as possible.

However, the British Crown's desire to colonize the conquered land and use that land for its benefit also cannot be doubted. Murray had been engaged for years in a war the purpose of which was to expand the wealth, resources and influence of Great Britain. It is unlikely he would have granted, without further details, absolute rights which might paralyze the Crown's use of the newly conquered territories.

Accordingly, I conclude that in view of the absence of any express mention of the territorial scope of the treaty, it has to be assumed that the parties to the treaty of September 5 intended to reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. Protecting the exercise of the customs in all parts of the territory frequented when it is not incompatible with its occupancy is in my opinion the most reasonable way of reconciling the competing interests. This, in my view, is the definition of the common intent of the parties which best reflects the actual intent of the Hurons and of Murray on September 5, 1760. Defining the common intent of the parties on the question of territory in this way makes it possible to give full effect to the spirit of conciliation, while respecting the practical requirements of the British. This gave the English the necessary flexibility to be able to respond in due course to the increasing need to use Canada's resources, in the event that Canada remained under British suzerainty. The Hurons, for their part, were protecting their customs wherever their exercise would not be prejudicial to the use to which the territory concerned would be put. The Hurons could not reasonably expect that the use would forever remain what it was in 1760. Before the treaty was signed, they had carried on their customs in accordance with restrictions already imposed by an occupancy incompatible with such exercise. The Hurons were only asking to be permitted to continue to carry on their customs on the lands frequented to the extent that those customs did not interfere with enjoyment of

Dans cette perspective, la référence aux coutumes dans le traité D-7 prend une importance particulière, Murray tenant les Hurons en estime et voulant sans doute leur être du meilleur secours.

“ Toutefois, le désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises ne peut pas non plus faire de doute. Murray s'employait depuis des années à une guerre qui avait pour but d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne. Il n'aurait vraisemblablement pas accordé, sans plus de précision, des droits absolus qui pouvaient paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis.

Je conclus donc que vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut tenir pour acquis que les parties au traité du 5 septembre entendaient concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Que l'exercice des coutumes soit protégé sur toutes les parties du territoire fréquenté lorsqu'il n'est pas incompatible avec son occupation est, à mon avis, la façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu. C'est là, à mon sens, la définition de l'intention commune des parties la plus apte à refléter l'intention réelle des Hurons et de Murray le 5 septembre 1760. Définir ainsi l'intention commune des parties sur la question du territoire permet de donner plein effet à l'esprit de conciliation tout en respectant les exigences pratiques des Britanniques. Cela assurait aux Anglais la flexibilité nécessaire pour pouvoir répondre à d'éventuels besoins grandissants d'utilisation des ressources du Canada dans l'hypothèse où le Canada resterait sous la tutelle britannique. Les Hurons, quant à eux, protégeaient leurs coutumes partout où leur exercice ne nuirait pas à l'occupation à laquelle le territoire concerné serait affecté. Les Hurons ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que l'occupation soit figée à jamais au niveau de 1760. Avant la signature du traité, ils exerçaient leurs coutumes eu égard aux restrictions déjà imposées par une occupation incompatible avec un tel exercice. Les Hurons demandaient seulement qu'on leur permette de continuer à exercer leurs coutumes sur les terres fréquentées en autant que ces coutumes ne portent pas atteinte à la jouissance

the lands by their occupier. I readily accept that the Hurons were probably not aware of the legal consequences, and in particular of the right to occupy to the exclusion of others, which the main European legal systems attached to the concept of private ownership. Nonetheless I cannot believe that the Hurons ever believed that the treaty gave them the right to cut down trees in the garden of a house as part of their right to carry on their customs.

Jacques-Cartier park falls into the category of land occupied by the Crown, since the province has set it aside for a specific use. What is important is not so much that the province has legislated with respect to this territory but that it is using it, is in fact occupying the space. As occupancy has been established, the question is whether the type of occupancy to which the park is subject is incompatible with the exercise of the activities with which the respondents were charged, as these undoubtedly constitute religious customs or rites. Since, in view of the situation in 1760, we must assume some limitation on the exercise of rights protected by the treaty, it is up to the Crown to prove that its occupancy of the territory cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons' rights.

The Crown presented evidence on such compatibility but that evidence did not persuade me that exercise of the rites and customs at issue here is incompatible with the occupancy.

Jacques-Cartier park is a park that falls within the class of conservation parks. The *Parks Act* describes them in the following way:

1. ...

(c) "conservation park" means a park primarily intended to ensure the permanent protection of territory representative of the natural regions of Québec, or of natural sites presenting exceptional features, while rendering them accessible to the public for the purposes of education and cross-country recreation;

Cross-country recreation is given the following definition, again in s. 1 of the Act:

(e) "cross-country recreation" means a type of recreation characterized by the use of little frequented territory and the use of relatively simple equipment;

des terres par leur occupant. J'accepte sans hésitation que les Hurons n'étaient probablement pas au courant des conséquences juridiques, et en particulier de la faculté d'occuper à l'exclusion des autres, que les principaux systèmes juridiques européens attachaient au concept de propriété privée. Je ne peux tout de même pas croire que les Hurons aient jamais cru que le traité leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d'une maison en vertu de leur droit d'exercer leurs coutumes.

Le Parc de la Jacques-Cartier entre dans la catégorie des terres occupées par la Couronne puisque la province l'a affecté à une utilisation particulière. Ce qui importe ce n'est pas tant que la province ait légiféré à l'égard de ce territoire mais qu'elle l'utilise, en occupe l'espace dans les faits. L'occupation ayant été établie, il faut alors se demander si le type d'occupation auquel est soumis le Parc est incompatible avec l'exercice des activités reprochées aux intimés qui constituent sans contredit des coutumes ou des rites religieux. Puisqu'il s'agit, en regard de la situation en 1760, d'envisager une restriction de l'exercice des droits protégés par le traité, il appartient à la Couronne de prouver que l'occupation qu'elle fait du territoire ne peut s'accommoder de l'exercice raisonnable des droits des Hurons.

Effectivement, le ministère public a présenté une preuve sur cette compatibilité mais cette preuve ne m'a pas convaincu que l'exercice des rites et coutumes en l'espèce soit incompatible avec l'occupation.

Le Parc de la Jacques-Cartier est un parc qui se classe dans la catégorie des parcs de conservation. La *Loi sur les parcs* les décrit de la façon suivante:

1. ...

(c) «parc de conservation»: un parc dont l'objectif prioritaire est d'assurer la protection permanente de territoires représentatifs des régions naturelles du Québec ou des sites naturels à caractère exceptionnel tout en les rendant accessibles au public pour des fins d'éducation et de récréation extensive;

La récréation extensive reçoit la définition suivante toujours à l'art. 1 de la Loi:

(e) «récréation extensive»: un type de récréation caractérisée par une faible densité d'utilisation du territoire et par l'exigence d'équipements peu élaborés;

Under the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*, the park is divided into environmental zones, which are portions of the park for moderate use set aside for the discovery and exploration of the environment, and preservation zones, for limited use and set aside for the conservation, observation and enjoyment of the environment.

For the exercise of rites and customs to be incompatible with the occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy, it must prevent the realization of that purpose. First, we are dealing with Crown lands, lands which are held for the benefit of the community. Exclusive use is not an essential aspect of public ownership. Second, I do not think that the activities described seriously compromise the Crown's objectives in occupying the park. Neither the representative nature of the natural region where the park is located nor the exceptional nature of this natural site are threatened by the collecting of a few plants, the setting up of a tent using a few branches picked up in the area or the making of a fire according to the rules dictated by caution to avoid fires. These activities also present no obstacle to cross-country recreation. I therefore conclude that it has not been established that occupancy of the territory of Jacques-Cartier park is incompatible with the exercise of Huron rites and customs with which the respondents are charged.

VII—Conclusion

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

I would dispose of the constitutional questions stated by the Chief Justice as follows:

1. Does the following document, signed by General Murray on 5 September 1760, constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

“THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth

En vertu du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, le Parc est divisé en zones d'ambiance qui sont des portions du Parc à utilisation modérée affectée à la découverte et à l'exploration du milieu ambiant et en zones de préservation, d'utilisation faible et affectées à la préservation, à l'observation et à l'appréciation du milieu.

Pour que l'exercice des rites et des coutumes soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais qu'il en empêche la réalisation. D'abord, nous sommes en présence de terres de la Couronne, terres qui sont détenues à l'avantage de la collectivité. L'exclusivité de l'utilisation n'est pas intrinsèque à la propriété publique. Ensuite, je ne crois pas que les activités décrites compromettent sérieusement les desseins de la Couronne dans son occupation du Parc. Ni le caractère représentatif de la région naturelle où se situe le Parc, ni le caractère exceptionnel de ce site naturel ne sont menacés par la cueillette de quelques plantes, par l'installation d'une tente faite à l'aide de quelques branches prises sur les lieux ou par la fabrication d'un feu fait selon les règles qu'impose la prudence pour éviter les incendies. Ces activités ne représentent aucun obstacle à la récréation extensive non plus. Je conclus donc que la preuve n'a pas été faite que l'occupation du territoire du Parc de la Jacques-Cartier est incompatible avec l'exercice des rites et coutumes hurons que l'on reproche aux intimés.

VII—Conclusion

Pour toutes ces raisons, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Quant aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, j'en disposerais comme suit:

1. Le document suivant, signé au nom du général Murray le 5 septembre 1760, constitue-t-il un traité, au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6?

[TRADUCTION] «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et

no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English:—recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,
JOHN COSNAN,
Adjut. Genl."

JA. MURRAY.

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, was the "treaty" still operative on 29 May 1982, at the time when the alleged offences were committed?

Answer: Yes.

3. If the answer to questions 1 and 2 are in the affirmative, are the terms of the document of such a nature as to make ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, Part II, November 25, 1981, pp. 3518 *et seq.*) made under the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9, unenforceable in respect of the respondents?

Answer: Yes.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: The Department of Justice, Ste-Foy; Noël, Décary, Aubry & Associés, Hull.

Solicitor for the respondents: Jacques Larochelle, Québec.

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

Solicitors for the intervener National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueil, ce 5^e jour de septembre 1760.

Sur l'ordre du général,
JOHN COSNAN,
Adjutant général»

JA. MURRAY.

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est dans l'affirmative, ce «traité» produisait-il encore des effets juridiques le 29 mai 1982, au moment où les infractions reprochées ont été commises?

Réponse: Oui.

3. Si les réponses aux questions 1 et 2 sont affirmatives, les termes de ce document étaient-ils de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, partie II, 25 novembre 1981, pp. 4815 *et suiv.*) adoptés en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9, à l'égard des intimés?

Réponse: Oui.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Le ministère de la Justice, Ste-Foy; Noël, Décary, Aubry & Associés, Hull.

Procureur des intimés: Jacques Larochelle, Québec.

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

Procureurs de l'intervenante la Fraternité des indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1990 Vol. 1

6^e cahier, 1990 Vol. 1

Cited as [1990] 1 S.C.R. 1075-1290

Renvoi [1990] 1 R.C.S. 1075-1290

NOTICE

Volume 1 of the Supreme Court Reports [1990]
will contain seven parts.

September 1990

AVIS

Le premier volume du Recueil des arrêts de la
Cour suprême [1990] comprend sept cahiers.

Septembre 1990

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

R. v. Ladouceur 1257

Constitutional law — Charter of Rights — Random routine traffic checks — Checks authorized by statute — Driver stopped for no apparent reason — Driver found to be driving while licence under suspension and convicted — Whether or not random routine traffic checks violating ss. 7, 8 and 9 of the Charter — If so, whether or not checks saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 189a(1).

R. v. Skinner 1235

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Prostitution — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaïres
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

R. c. Ladouceur 1257

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes — Vérifications autorisées par la loi — Conducteur interpellé sans motif apparent — Conducteur déclaré coupable d'avoir conduit pendant que son permis était suspendu — Les vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes violent-elles les art. 7, 8 et 9 de la Charte? — Dans l'affirmative, ces vérifications sont-elles sauvegardées par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9 — Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 189a(1).

R. c. Skinner 1235

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes the freedoms of expression and of association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Sparrow 1075

Constitutional law — Aboriginal rights — Fishing rights — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Interpretation — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.

R. v. Stagnitta 1226

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague — Whether s. 195.1(1)(c) infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Prostitution — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) 1123

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) infringe s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 7 protects economic rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit criminel — Prostitution — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code porte-t-il atteinte aux libertés d'expression et d'association garanties par les art. 2b) et 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. Sparrow 1075

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits de pêche — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Interprétation — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

R. c. Stagnitta 1226

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) est-il d'une imprécision inacceptable? — L'article 195.1(1)(c) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 7 est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Prostitution — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) et à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 2b) et à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.) 1123

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code sont-ils d'une imprécision inacceptable? — Les articles 193 et 195.1(1)(c) portent-ils atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Prostitution — Keeping common bawdy-house — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

SOMMAIRE (Fin)

195.1(1)(c) à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 7 protège-t-il des droits économiques?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code portent-ils atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)(c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Prostitution — Tenue d'une maison de débauche — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code portent-ils atteinte aux art. 2b) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)(c) aux art. 2b) et 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., the Fisheries Council of British Columbia, the United Fishermen and Allied Workers' Union, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SPARROW

File No.: 20311.

1988: November 3; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Fishing rights — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a

et

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., le Fisheries Council of British Columbia, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SPARROW

N° du greffe: 20311.

^g

1988: 3 novembre; 1990: 31 mai.

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

^h

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits de pêche — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Interpretation — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.

Appellant was charged in 1984 under the *Fisheries Act* with fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of his Band's Indian food fishing licence. He admitted that the facts alleged constitute the offence, but defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence was invalid in that it was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Appellant was convicted. The trial judge found that an aboriginal right could not be claimed unless it was supported by a special treaty and that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accordingly had no application. An appeal to County Court was dismissed for similar reasons. The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Its decision was appealed and cross-appealed. The constitutional question before this Court queried whether the net length restriction contained in the Band's fishing licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Section 35(1) applies to rights in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect; it does not revive extinguished rights. An existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.

The Crown failed to discharge its burden of proving extinguishment. An aboriginal right is not extinguished merely by its being controlled in great detail by the regulations under the *Fisheries Act*. Nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations demonstrated a clear and plain intention to extinguish the Indian

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Interprétation — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du a filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

En 1984, l'appelant a été accusé, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant b plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne à laquelle il appartenait. Il a reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était c invalide pour cause d'incompatibilité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appelant a été déclaré coupable. Le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité particulier, et que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Un appel devant la Cour de comté a été rejeté pour des motifs semblables. La Cour d'appel a statué que les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes e pour justifier un acquittement. Son arrêt fait l'objet d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. La question constitutionnelle soumise à la Cour est de savoir si la restriction imposée dans le permis de pêche de la bande quant à la f longueur des filets est incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Le paragraphe 35(1) s'applique aux droits qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il ne vient pas rétablir des h droits éteints. Un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le i temps.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Un droit ancestral n'est pas éteint du seul fait que son exercice fasse l'objet j d'une réglementation très minutieuse en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Ni la *Loi sur les pêcheries* ni ses règlements d'application détaillés ne font état d'une

aboriginal right to fish. These fishing permits were simply a manner of controlling the fisheries, not of defining underlying rights. Historical policy on the part of the Crown can neither extinguish the existing aboriginal right without clear intention nor, in itself, delineate that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can, however, regulate the exercise of that right but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place and affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. Its significance, however, extends beyond these fundamental effects. The approach to its interpretation is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself.

Section 35(1) is to be construed in a purposive way. A generous, liberal interpretation is demanded given that the provision is to affirm aboriginal rights. The provision is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Any law or regulation affecting aboriginal rights, however, will not automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will be valid if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

Section 35(1) does not explicitly authorize the courts to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. The words "recognition and affirmation", however, incorporate the government's responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Federal legislative powers continue, including the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but must be read together with s. 35(1). Federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.

intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Ces permis de pêche constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents. La politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens ni ne permet en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises et accorde aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Son importance va toutefois au-delà de ces effets fondamentaux. La méthode à adopter pour l'interpréter est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même.

Il y a lieu d'interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise. Une interprétation généreuse et libérale s'impose étant donné que cette disposition vise à confirmer les droits ancestraux. La disposition n'est pas assujettie à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones ne sera pas automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) n'autorise pas explicitement les tribunaux à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. L'expression «reconnaissance et confirmation» comporte cependant la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ces pouvoirs doivent être rapprochés du par. 35(1). Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.

The test for justification requires that a legislative objective must be attained in such a way as to uphold the honour of the Crown and be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. Section 35(1) does not promise immunity from government regulation in contemporary society but it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. The inquiry begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake.

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. Is the limitation unreasonable? Does the regulation impose undue hardship? Does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

Here, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the exercise of the natives' right to fish for food. The issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

Le critère de la justification exige qu'un objectif législatif soit réalisé d'une manière qui préserve l'honneur de Sa Majesté et qui soit conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent actuellement entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. Le paragraphe 35(1) ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans la société contemporaine, mais il représente un engagement important de la part de la Couronne. En effet, le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. L'analyse commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir la nature "*sui generis*" des droits ancestraux. S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause.

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. La restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

En l'espèce, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les autochtones de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. La question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This test involves two steps. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. The "public interest" justification is so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights. The justification of conservation and resource management, however, is uncontroversial.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue: the honour of the Crown in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. There must be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource.

Guidelines are necessary to resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. Any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing.

The justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. Section 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority and guarantees that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include: whether there has

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. Ce critère comporte deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. La justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si large qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée. La justification de la conservation et de la gestion des ressources ne soulève cependant aucune controverse.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification: l'honneur de Sa Majesté lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. Il doit y avoir un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource.

On a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition de ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance.

La norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le paragraphe 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité et garantit que les plans de conservation et de gestion réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant

been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. This list is not exhaustive.

Cases Cited

Applied: *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **considered:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), aff'g (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.); **distinguished:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.); **referred to:** *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), aff'd [1973] S.C.R. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, art. 13.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 33.
Constitution Act, 1867, ss. 91(12), (24), 109.
Constitution Act, 1930.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).
Quebec Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 45.

d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **arrêts examinés:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), conf. (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.); **distinction d'avec l'arrêt:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.); **arrêts mentionnés:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), conf. [1973] R.C.S. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (S.C.É.-U.); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 33.
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, art. 13.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), (24), 109.
Loi constitutionnelle de 1930.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1).
Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912, S.C. 1912, ch. 45.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.
Wildlife Act, S.B.C. 1966, c. 55.

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
Wildlife Act, S.B.C. 1966, ch. 55.

Authors Cited

- Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *In All Fairness: A Native Claims Policy—Comprehensive Claims*. Ottawa: 1981.
- Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*. Ottawa: 1969.
- Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
- Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986.
- Slattery, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, allowing an appeal from a judgment of Lamperson Co. Ct. J., [1986] B.C.W.L.D. 599, dismissing an appeal from conviction by Goulet Prov. Ct. J. Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

a Doctrine citée

- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales*. Ottawa: 1981.
- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada*. Ottawa: 1969.
- Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
- Little Bear, Leroy. «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
- Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 218.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada, in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montréal: Institut de recherches politiques, 1986.
- Slattery, Brian. «The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada» (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
- Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Lamperson de la Cour de comté, [1986] B.C.W.L.D. 599, qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Goulet de la Cour provinciale. Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Lewis F. Harvey and Joanne Lysyk, for the appellant.

Thomas R. Braidwood, Q.C., and James E. Dorsey, for the respondent.

Harry A. Slade, Arthur Pape and Louise Mandell, for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations.

Christopher Harvey, for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild and the Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Ian Donald, Q.C., for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union.

J. T. S. McCabe, Q.C., and Michel Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

René Morin and Robert Décary, Q.C., for the intervener the Attorney General of Quebec.

E. Robert A. Edwards, Q.C., and Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Kenneth J. Tyler and Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

S. Ronald Stevenson, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LA FOREST J.—This appeal requires this Court to explore for the first time the scope of s. 35(1) of the *Constitution Act*,

Marvin R. V. Storrow, c.r., Lewis F. Harvey et Joanne Lysyk, pour l'appelant.

Thomas R. Braidwood, c.r., et James E. Dorsey, pour l'intimée.

Harry A. Slade, Arthur Pape et Louise Mandell, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations.

Christopher Harvey, pour les intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Ian Donald, c.r., pour l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

J. T. S. McCabe, c.r., et Michel Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin et Robert Décary, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Québec.

E. Robert A. Edwards, c.r., et Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kenneth J. Tyler et Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

S. Ronald Stevenson, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi nous oblige à examiner pour la première fois la portée du par. 35(1) de la *Loi*

1982, and to indicate its strength as a promise to the aboriginal peoples of Canada. Section 35(1) is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and provides as follows:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The context of this appeal is the alleged violation of the terms of the Musqueam food fishing licence which are dictated by the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the regulations under that Act. The issue is whether Parliament's power to regulate fishing is now limited by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and, more specifically, whether the net length restriction in the licence is inconsistent with that provision.

Facts

The appellant, a member of the Musqueam Indian Band, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* of the offence of fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of the Band's Indian food fishing licence. The fishing which gave rise to the charge took place on May 25, 1984 in Canoe Passage which is part of the area subject to the Band's licence. The licence, which had been issued for a one-year period beginning March 31, 1984, set out a number of restrictions including one that drift nets were to be limited to 25 fathoms in length. The appellant was caught with a net which was 45 fathoms in length. He has throughout admitted the facts alleged to constitute the offence, but has defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence is inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore invalid.

The Courts Below

Goulet Prov. Ct. J., who heard the case, first referred to the very similar pre-*Charter* case of *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.),

constitutionnelle de 1982 et à indiquer la force qu'il peut avoir en tant que promesse faite aux peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(1), qui se trouve à la partie II de cette loi sous la rubrique «Droits des peuples autochtones du Canada», porte:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le contexte de ce pourvoi est une allégation de violation des conditions du permis de pêche de subsistance des Musqueams, lesquelles conditions sont fixées par la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, et par ses règlements d'application. La question est de savoir si le pouvoir du Parlement de réglementer la pêche est maintenant restreint par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus précisément, de savoir si la restriction imposée dans le permis quant à la longueur du filet est incompatible avec cette disposition.

Les faits

L'appellant, un membre de la bande indienne des Musqueams, a été accusé en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne. L'infraction remonte au 25 mai 1984 alors que l'appellant pêchait dans le passage Canoe qui fait partie de la zone visée par le permis de la bande. Le permis, délivré pour une période d'un an à compter du 31 mars 1984, établissait un certain nombre de restrictions dont celle qui prévoyait que les filets dérivants ne devaient pas avoir plus de 25 brasses de longueur. L'appellant a été trouvé en possession d'un filet qui avait 45 brasses de longueur. Il a toujours reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, invalide.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Goulet qui a entendu l'affaire en Cour provinciale a d'abord mentionné une affaire très semblable survenue avant l'adoption de la *Charte*,

where this Court held that the aboriginal right to fish was governed by the *Fisheries Act* and regulations. He then expressed the opinion that he was bound by *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), which held that a person could not claim an aboriginal right unless it was supported by a special treaty, proclamation, contract or other document, a position that was not disturbed because of the divided opinions of the members of this Court on the appeal which affirmed that decision ([1973] S.C.R. 313). Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* thus had no application. The alleged right here was not based on any treaty or other document but was said to have been one exercised by the Musqueam from time immemorial before European settlers came to this continent. He, therefore, convicted the appellant, finding it unnecessary to consider the evidence in support of an aboriginal right.

An appeal to Lamperson J. of the County Court of Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, was dismissed for similar reasons.

The British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, found that the courts below had erred in deciding that they were bound by the Court of Appeal decision in *Calder, supra*, to hold that the appellant could not rely on an aboriginal right to fish. Since the pronouncement of the Supreme Court of Canada judgment, the Court of Appeal's decision has been binding on no one. The court also distinguished *Calder* on its facts.

The court then dealt with the other issues raised by the parties. On the basis of the trial judge's conclusion that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished "from time immemorial", it stated that, with the other circumstances, this should have led to the conclusion that Mr. Sparrow was exercising an existing aboriginal right. It rejected the Crown's contention that the right was no longer existing by reason of its "extinguishment by regulation". An aboriginal right could continue, though regulated.

savoir l'arrêt *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), où notre Cour a conclu que le droit ancestral de pêcher était régi par la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application. Il a ensuite exprimé l'avis qu'il était lié par l'arrêt *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), dans lequel on avait conclu qu'une personne ne peut revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité, une proclamation, un contrat ou un autre document particulier, une position qui n'a pas été contredite en raison des opinions partagées des membres de notre Cour qui ont confirmé l'arrêt ([1973] R.C.S. 313). Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Le droit invoqué en l'espèce n'était pas fondé sur un traité ou un autre document, mais on a affirmé qu'il était exercé par les Musqueams depuis des temps immémoriaux, bien avant la venue des colons européens sur le continent. Le juge a donc déclaré l'appelant coupable et jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la preuve à l'appui de l'existence d'un droit ancestral.

Le juge Lamperson de la Cour de comté de Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, a rejeté l'appel pour des motifs semblables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, a conclu que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur en décidant qu'ils étaient liés par l'arrêt *Calder*, précité, de la Cour d'appel et que l'appelant ne pouvait invoquer un droit de pêche ancestral. Depuis le jugement de la Cour suprême du Canada, l'arrêt de la Cour d'appel ne lie plus personne. La cour a également distingué les faits de l'affaire *Calder* de ceux du présent pourvoi.

La cour a ensuite examiné les autres questions soulevées par les parties. Se fondant sur la conclusion du juge de première instance que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché «depuis des temps immémoriaux», la cour a affirmé que, compte tenu des autres circonstances, cet élément aurait dû conduire à la conclusion que M. Sparrow exerçait un droit ancestral existant. Elle a rejeté la prétention de Sa Majesté que le droit n'existait plus en raison de son [TRADUCTION] «extinction par règlement».

The court also rejected textual arguments made to the effect that s. 35 was merely of a preambular character, and concluded that the right to fish asserted by the appellant was one entitled to constitutional protection.

The issue then became whether that protection extended so far as to preclude regulation (as contrasted with extinguishment which did not arise in this case) of the exercise of that right. In its view, the general power to regulate the time, place and manner of all fishing, including fishing under an aboriginal right, remains. Parliament retained the power to regulate fisheries and to control Indian lands under ss. 91(12) and (24) of the *Constitution Act, 1867* respectively. Reasonable regulations were necessary to ensure the proper management and conservation of the resource, and the regulations under the *Fisheries Act* restrict the right of all persons including Indians. The court observed, at p. 330:

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982 does not purport to revoke the power of Parliament to act under Head 12 or 24. The power to regulate fisheries, including Indian access to the fisheries, continues, subject only to the new constitutional guarantee that the aboriginal rights existing on 17th April 1982 may not be taken away.

The court rejected arguments that the regulation of fishing was an inherent aspect of the aboriginal right to fish and that such regulation must be confined to necessary conservation measures. The right had always been and continued to be a regulated right. The court put it this way, at p. 331:

The aboriginal right which the Musqueam had was, subject to conservation measures, the right to take fish for food and for the ceremonial purposes of the band. It was in the beginning a regulated, albeit self-regulated, right. It continued to be a regulated right, and on 17th April 1982, it was a regulated right. It has never been a fixed right, and it has always taken its form from the circumstances in which it has existed. If the interests of the Indians and other Canadians in the fishery are to be protected, then reasonable regulations to ensure the

Un droit ancestral peut toujours exister même s'il est réglementé. La cour a également rejeté des arguments textuels selon lesquels l'art. 35 tenait simplement d'un préambule et elle a conclu que le droit de pêche invoqué par l'appelant pouvait bénéficier d'une protection constitutionnelle.

Il fallait donc alors déterminer si cette protection allait jusqu'à interdire la réglementation (par opposition à l'extinction qui n'a pas été soulevée en l'espèce) de l'exercice de ce droit. De l'avis de la cour, le pouvoir général de réglementer les périodes, les lieux et les méthodes de pêche, y compris la pêche en vertu d'un droit ancestral, existait toujours. Le Parlement a conservé le pouvoir de réglementer les pêcheries et de contrôler les terres réservées aux Indiens en vertu des par. 91(12) et (24) respectivement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une réglementation raisonnable était nécessaire pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources et les règlements pris en application de la *Loi sur les pêcheries* restreignent le droit de tous, y compris les Indiens. La cour fait remarquer, à la p. 330:

[TRADUCTION] Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 n'a pas pour but de révoquer le pouvoir que possède le Parlement en vertu des par. 12 ou 24. Le pouvoir de réglementer les pêcheries, y compris l'accès des Indiens aux pêcheries, existe toujours, sous réserve seulement de la nouvelle garantie constitutionnelle que les droits ancestraux existants le 17 avril 1982 ne peuvent être supprimés.

La cour a rejeté les arguments selon lesquels la réglementation de la pêche constituait un aspect inhérent du droit de pêche ancestral et que cette réglementation devait être restreinte aux mesures de conservation nécessaires. Ce droit avait toujours été réglementé et continuait de l'être. Voici comment la cour s'exprime, à la p. 331:

[TRADUCTION] Le droit ancestral des Musqueams était, sous réserve de mesures de conservation, de prendre du poisson à des fins d'alimentation et aux fins rituelles de la bande. À l'origine, le droit était réglementé, bien que autoréglementé. Il a continué d'être réglementé et, le 17 avril 1982, c'était un droit réglementé. Ce droit n'a jamais été figé et sa forme a toujours été fonction des circonstances de son existence. S'il faut protéger les intérêts des Indiens et des autres Canadiens en matière de pêcheries, une réglementation

proper management and conservation of the resource must be continued.

The court then went on to particularize the right still further. It was a right for a purpose, not one related to a particular method. Essentially, it was a right to fish for food and associated traditional band activities:

The aboriginal right is not to take fish by any particular method or by a net of any particular length. It is to take fish for food purposes. The breadth of the right should be interpreted liberally in favour of the Indians. So "food purposes" should not be confined to subsistence. In particular, this is so because the Musqueam tradition and culture involves a consumption of salmon on ceremonial occasions and a broader use of fish than mere day-to-day domestic consumption.

That right, the court added, has not changed its nature since the enactment of the *Constitution Act, 1982*. What has changed is that the Indian food fishery right is now entitled to priority over the interests of other user groups and that that right, by reason of s. 35(1), cannot be extinguished.

The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Observing that the conviction was based on an erroneous view of the law and could not stand, the court further remarked upon the existence of unresolved conflicts in the evidence, including the question whether a change in the fishing conditions was necessary to reduce the catch to a level sufficient to satisfy reasonable food requirements, as well as for conservation purposes.

The Appeal

Leave to appeal to this Court was then sought and granted. On November 24, 1987, the following constitutional question was stated:

Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C.

raisonnable s'impose toujours pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources.

La cour a poursuivi en précisant ce droit encore davantage. C'était un droit lié à un objet et non à une méthode particulière. Essentiellement, il s'agissait d'un droit de pêche lié à la subsistance et aux activités connexes traditionnelles de la bande:

[TRADUCTION] Le droit ancestral n'est pas de prendre du poisson d'une manière particulière ou au moyen d'un filet d'une longueur particulière. C'est le droit de prendre du poisson à des fins d'alimentation. L'étendue de ce droit devrait être interprétée libéralement en faveur des Indiens. Ainsi, l'expression «à des fins de subsistance» ne devrait pas être restreinte à la survie. Il en est ainsi plus particulièrement parce que, selon la tradition et la culture des Musqueams, on consomme du saumon à l'occasion de cérémonies rituelles et le poisson ne sert pas seulement à la consommation familiale quotidienne.

La cour a ajouté que la nature de ce droit n'avait pas changé depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce qui a changé, c'est que le droit de pêche des Indiens à des fins d'alimentation peut maintenant bénéficier d'une priorité sur les intérêts d'autres groupes qui font usage du poisson et que ce droit, en raison du par. 35(1), ne peut être éteint.

Selon la Cour d'appel, les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Soulignant que la déclaration de culpabilité était fondée sur une conception erronée du droit applicable et ne pouvait être maintenue, la cour a fait d'autres remarques sur l'existence de contradictions non résolues dans la preuve, y compris sur la question de savoir si les conditions de pêche devaient être modifiées pour réduire les prises à un niveau suffisant pour répondre aux demandes raisonnables de nourriture ainsi qu'à des fins de conservation.

Le pourvoi

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a ensuite été demandée et accordée. Le 24 novembre 1987, on a formulé la question constitutionnelle suivante:

La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britan-*

1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

The appellant appealed on the ground that the Court of Appeal erred (1) in holding that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects the aboriginal right only when exercised for food purposes and permits restrictive regulation of such rights whenever “reasonably justified as being necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest”, and (2) in failing to find the net length restriction in the Band’s food fish licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The respondent Crown cross-appealed on the ground that the Court of Appeal erred in holding that the aboriginal right had not been extinguished before April 17, 1982, the date of commencement of the *Constitution Act, 1982*, and in particular in holding that, as a matter of fact and law, the appellant possessed the aboriginal right to fish for food. In the alternative, the respondent alleged, the Court of Appeal erred in its conclusions respecting the scope of the aboriginal right to fish for food and the extent to which it may be regulated, more particularly in holding that the aboriginal right included the right to take fish for the ceremonial purposes and societal needs of the Band and that the Band enjoyed a constitutionally protected priority over the rights of other people engaged in fishing. Section 35(1), the respondent maintained, did not invalidate legislation passed for the purpose of conservation and resource management, public health and safety and other overriding public interests such as the reasonable needs of other user groups. Finally, it maintained that the conviction ought not to have been set aside or a new trial directed because the appellant failed to establish a *prima facie* case that the reduction in the length of the net had unreasonably interfered with his right by preventing him from meeting his food fish requirements. According to the respondent, the Court of Appeal had erred in shifting the

nique et à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^a L’appellant se pourvoit devant nous pour le motif que, selon lui, la Cour d’appel a commis une erreur (1) en décidant que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège les droits ancestraux que lorsque ceux-ci sont exercés à des fins d’alimentation et permet une réglementation restrictive de ces droits lorsque [TRADUCTION] «cela est raisonnablement justifié comme nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l’intérêt public», et (2) en refusant de conclure que la limite de la longueur des filets imposée dans le permis de pêche de subsistance de la bande était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

^d

Sa Majesté intimée a formé un pourvoi incident pour le motif que la Cour d’appel aurait commis une erreur en décidant que le droit ancestral n’avait pas été éteint avant le 17 avril 1982, date d’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et, en particulier, en décidant, en fait et en droit, que l’appellant détenait le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Subsidiairement, l’intimée a allégué que la Cour d’appel a commis une erreur dans ses conclusions concernant la portée du droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance et la mesure dans laquelle ce droit peut être réglementé, plus particulièrement, en décidant que le droit ancestral comprenait le droit de pêcher à des fins rituelles et sociales de la bande et que la bande bénéficiait d’une priorité, garantie par la Constitution, sur les droits d’autres gens qui s’adonnent à la pêche. Selon l’intimée, le par. 35(1) n’invalide pas les mesures législatives adoptées à des fins de conservation et de gestion des ressources, de santé et de sécurité publiques et d’autres intérêts publics primordiaux comme les besoins raisonnables des autres groupes qui font usage du poisson. Enfin, elle a soutenu qu’on n’aurait pas dû annuler la déclaration de culpabilité ni ordonner la tenue d’un nouveau procès parce que l’appellant n’a pas prouvé, de façon suffisante à première vue, que la réduction de la longueur des filets avait porté atteinte de façon déraisonnable à

burden of proof to the Crown on the issue before the appellants had established a *prima facie* case.

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations intervened in support of the appellants. The Attorneys General of British Columbia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland supported the respondent, as did the B.C. Wildlife Federation and others, the Fisheries Council of British Columbia and the United Fishermen and Allied Workers' Union.

The Regulatory Scheme

The *Fisheries Act*, s. 34, confers on the Governor in Council broad powers to make regulations respecting the fisheries, the most relevant for our purposes being those set forth in the following paragraphs of that section:

34. ...

(a) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(b) respecting the conservation and protection of fish;

(c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

(e) respecting the use of fishing gear and equipment;

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a lease or licence may be issued;

Contravention of the Act and the regulations is made an offence under s. 61(1) under which the appellants were charged.

Acting under its regulation-making powers, the Governor in Council enacted the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. Under these Regulations (s. 4), everyone is, *inter alia*, prohibited from fishing without a licence, and

son droit en l'empêchant de répondre à ses besoins en matière de pêche pour fins d'alimentation. Selon l'intimée, la Cour d'appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve de manière à l'imposer à Sa Majesté avant que l'appellant n'ait présenté une preuve suffisante à première vue.

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations est intervenue à l'appui de l'appellants. Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ont appuyé l'intimée tout comme l'ont fait la B.C. Wildlife Federation et autres, le Fisheries Council of British Columbia et le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

Le système de réglementation

L'article 34 de la *Loi sur les pêcheries* confère au gouverneur en conseil de larges pouvoirs de réglementation en matière de pêcheries, dont les plus pertinents en l'espèce sont ceux reproduits aux alinéas suivants de cet article:

34. ...

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches côtières et des pêches de l'intérieur;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

e) concernant l'utilisation des appareils et accessoires de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et l'annulation des permis et baux;

g) concernant les modalités et conditions auxquelles un permis ou un bail doit être délivré;

Le fait de contrevenir à la Loi et à ses règlements d'application constitue une infraction aux termes du par. 61(1) et c'est en vertu de ce paragraphe que l'appellants ont été accusés.

Dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. En vertu de ce règlement (art. 4), il est notamment interdit de pêcher sans

then only in areas and at the times and in the manner authorized by the Act or regulations. That provision also prohibits buying, selling, trading or bartering fish other than those lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 4 reads:

4. (1) Unless otherwise provided in the Act or in any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply or in the *Wildlife Act* (British Columbia), no person shall fish except under the authority of a licence or permit issued thereunder.

(2) No person shall fish for any species of fish in the Province or in Canadian fisheries waters of the Pacific Ocean except in areas and at times authorized by the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(3) No person who is the owner of a vessel shall operate that vessel or permit it to be operated in contravention of these Regulations.

(4) No person shall, without lawful excuse, have in his possession any fish caught or obtained contrary to the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

The Regulations make provision for issuing licences to Indians or a band "for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family and for the band", and no one other than an Indian is permitted to be in possession of fish caught pursuant to such a licence. Subsections 27(1) and (4) of the Regulations read:

27. (1) In this section "Indian food fish licence" means a licence issued by the Minister to an Indian or a band for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family or for the band.

(4) No person other than an Indian shall have in his possession fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

permis, et encore, seulement dans les secteurs, aux heures et de la façon prévus par la Loi ou ses règlements d'application. Cette disposition interdit également d'acheter, de vendre et d'échanger du poisson autre que celui pris légalement en vertu d'un permis de pêche commerciale. L'article 4 prévoit:

4. (1) Sauf disposition contraire de la Loi, de ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement, ou de la loi dite *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, il est interdit à quiconque de pêcher sans détenir un permis, délivré en vertu de l'un des règlements ou lois précités.

(2) Il est interdit, dans les eaux de la province ou les eaux des pêcheries canadiennes de l'océan Pacifique, de pêcher une espèce de poisson en dehors des heures et des secteurs autorisés par la Loi ou ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(3) Il est interdit au propriétaire d'un bateau d'exploiter ou de permettre à quiconque d'exploiter le bateau en contravention du présent règlement.

(4) Il est interdit à quiconque d'avoir en sa possession, sans excuse légitime, du poisson qui a été pris ou obtenu d'une manière non conforme à la Loi ou à ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

Le Règlement prévoit que des permis peuvent être délivrés à un Indien ou à une bande «aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande», et que seul un Indien peut avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un tel permis. Les paragraphes 27(1) et (4) du Règlement prévoient:

27. (1) Aux fins du présent article, «permis de pêche de subsistance des Indiens» désigne un permis délivré par le Ministre à un Indien ou à une bande aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande.

(4) Il est interdit à quiconque sauf un Indien d'avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

As in the case of other licences issued under the Act, such licences may, by s. 12 of the Regulations, be subjected to restrictions regarding the species and quantity of fish that may be taken, the places and times when they may be taken, the manner in which they are to be marked and, most important here, the type of gear and equipment that may be used. Section 12 reads as follows:

12. (1) Subject to these Regulations and any regulations made under the Act in respect of the fisheries to which these Regulations apply and for the proper management and control of such fisheries, there may be specified in a licence issued under these Regulations

- (a) the species of fish and quantity thereof that is permitted to be taken;
- (b) the period during which and the waters in which fishing is permitted to be carried out;
- (c) the type and quantity of fishing gear and equipment that is permitted to be used and the manner in which it is to be used;
- (d) the manner in which fish caught and retained for educational or scientific purposes is to be held or displayed;
- (e) the manner in which fish caught and retained is to be marked and transported; and
- (f) the manner in which scientific or catch data is to be reported.

(2) No person fishing under the authority of a licence referred to in subsection (1) shall contravene or fail to comply with the terms of the licence.

Pursuant to these powers, the Musqueam Indian Band, on March 31, 1984, was issued an Indian food fishing licence as it had since 1978 "to fish for salmon for food for themselves and their family" in areas which included the place where the offence charged occurred, the waters of Ladner Reach and Canoe Passage therein described. The licence contained time restrictions as well as the type of gear to be used, notably "One Drift net twenty-five (25) fathoms in length".

The appellant was found fishing in the waters described using a drift net in excess of 25 fathoms.

Comme dans le cas des autres permis délivrés en vertu de la Loi, l'art. 12 du Règlement prévoit que ces permis peuvent faire l'objet de restrictions concernant les espèces et les quantités de poisson qui peuvent être prises, les lieux où le poisson peut être pris et les périodes pendant lesquelles il peut l'être, la façon dont le poisson doit être marqué et, qui plus est en l'espèce, le type d'engins et d'équipement qui peuvent être utilisés. L'article 12 se lit ainsi:

12. (1) Sous réserve du présent règlement et des autres règlements établis en vertu de la Loi relativement aux pêches visées par le présent règlement, un permis délivré en vertu du présent règlement peut indiquer, aux fins de la gestion et de la surveillance judiciaires de ces pêches,

- a) quelles espèces et quelles quantités de poisson peuvent être prises;
- b) dans quelles eaux et pendant quelle période la pêche peut être pratiquée;
- c) quel type et quelle quantité d'engins et d'équipement de pêche peuvent être utilisés et de quelle façon ils doivent l'être;
- d) de quelle façon le poisson pris et gardé à des fins éducatives ou scientifiques doit être gardé en captivité ou exposé;
- e) de quelle façon le poisson pris et gardé doit être marqué et transporté; et
- f) de quelle façon les données à caractère scientifique ou concernant les prises doivent être soumises.

(2) Il est interdit à quiconque pêche en vertu d'un permis visé au paragraphe (1) de déroger aux conditions de ce permis.

Conformément à ces pouvoirs, le 31 mars 1984, on a délivré à la bande indienne des Musqueams un permis de pêche de subsistance comme on le faisait depuis 1978 [TRADUCTION] «pour pêcher le saumon aux fins de leur alimentation et de celle de leurs familles» dans des secteurs dont celui où l'infraction reprochée a été commise, les eaux de Ladner Reach et du passage Canoe décrites dans le permis. Le permis comportait des restrictions quant à la période de pêche et quant au type d'engins à utiliser, notamment [TRADUCTION] «Un filet dérivant de vingt-cinq (25) brasses de longueur».

L'appellant a été surpris en train de pêcher dans les eaux décrites précédemment au moyen d'un

He did not contest this, arguing instead that he had committed no offence because he was acting in the exercise of an existing aboriginal right which was recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Analysis

We will address first the meaning of “existing” aboriginal rights and the content and scope of the Musqueam right to fish. We will then turn to the meaning of “recognized and affirmed”, and the impact of s. 35(1) on the regulatory power of Parliament.

“Existing”

The word “existing” makes it clear that the rights to which s. 35(1) applies are those that were in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect. This means that extinguished rights are not revived by the *Constitution Act, 1982*. A number of courts have taken the position that “existing” means “being in actuality in 1982”: *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.), at p. 446, aff’d (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.) See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

Further, an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The notion of freezing existing rights would incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations. Blair J.A. in *Agawa, supra*, had this to say about the matter, at p. 214:

Some academic commentators have raised a further problem which cannot be ignored. The **Ontario Fishery Regulations** contained detailed rules which vary for different regions in the province. Among other things, the **Regulations** specify seasons and methods of fishing, species of fish which can be caught and catch limits. Similar detailed provisions apply under the comparable

filet dérivant de plus de 25 brasses. Il ne conteste pas ce fait, mais soutient plutôt qu’il n’a commis aucune infraction parce qu’il exerçait alors un droit ancestral existant qui a été reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Analyse

Nous aborderons en premier lieu le sens de l’expression droits ancestraux «existants» ainsi que le contenu et la portée du droit de pêche des Musqueams. Nous examinerons ensuite le sens des mots «reconnus et confirmés» et l’effet du par. 35(1) sur le pouvoir réglementaire du Parlement.

«Existants»

Il ressort clairement du mot «existants» que les droits auxquels s’applique le par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D’où il s’ensuit que cette loi ne vient pas rétablir des droits éteints. Un certain nombre de tribunaux ont adopté le point de vue que le terme «existants» signifie «qui étaient exercés en 1982»: *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.), à la p. 446, conf. (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.) Voir également les arrêts *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

De plus, un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L’idée que le droit a été figé de cette façon aurait pour effet d’introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates. Voici ce que le juge Blair de la Cour d’appel affirme à ce sujet dans l’arrêt *Agawa*, précité, à la p. 214:

[TRADUCTION] Certains auteurs ont soulevé un autre problème qui ne peut être ignoré. Le **Règlement de pêche de l’Ontario** comporte des règles détaillées qui varient d’une région à l’autre dans la province. Le **règlement** précise notamment les saisons et les méthodes de pêche, les espèces de poisson qui peuvent être prises et le nombre de prises. Des dispositions détaillées du

fisheries **Regulations** in force in other provinces. These detailed provisions might be constitutionalized if it were decided that the existing treaty rights referred to in s. 35(1) were those remaining after regulation at the time of the proclamation of the **Constitution Act, 1982**.

As noted by Blair J.A., academic commentary lends support to the conclusion that "existing" means "unextinguished" rather than exercisable at a certain time in history. Professor Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 781-82, has observed the following about reading regulations into the rights:

This approach reads into the Constitution the myriad of regulations affecting the exercise of aboriginal rights, regulations that differed considerably from place to place across the country. It does not permit differentiation between regulations of long-term significance and those enacted to deal with temporary conditions, or between reasonable and unreasonable restrictions. Moreover, it might require that a constitutional amendment be enacted to implement regulations more stringent than those in existence on 17 April 1982. This solution seems unsatisfactory.

See also Professor McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, at p. 258 (*q.v.*); Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

The arbitrariness of such an approach can be seen if one considers the recent history of the federal regulation in the context of the present case and the fishing industry. If the *Constitution Act, 1982* had been enacted a few years earlier, any right held by the Musqueam Band, on this approach, would have been constitutionally subjected to the restrictive regime of personal licences that had existed since 1917. Under that regime, the Musqueam catch had by 1969 become minor or non-existent. In 1978 a system of band licences was introduced on an experimental basis which permitted the Musqueam to fish with a 75 fathom

même genre s'appliquent en vertu de **règlements** de pêche comparables en vigueur dans d'autres provinces. Ces dispositions détaillées pourraient être constitutionalisées si l'on décidait que les droits existants issus de traités et mentionnés au par. 35(1) étaient ceux qui subsistaient après avoir été réglementés à l'époque de l'entrée en vigueur de la **Loi constitutionnelle de 1982**.

Comme le souligne le juge Blair, la doctrine tend à étayer la conclusion que le mot «existants» signifie «non éteints» plutôt que «pouvant être exercés à une certaine époque passée». Le professeur Slattery, dans son article intitulé «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 781 et 782, fait observer ceci au sujet de l'utilisation de textes réglementaires pour déterminer le sens des droits:

[TRADUCTION] Cette interprétation introduit dans la Constitution une foule de règlements qui portent atteinte à l'exercice des droits des autochtones et qui diffèrent considérablement d'un endroit à l'autre au pays. Elle ne permet aucune distinction entre les règlements applicables à long terme et ceux qui sont adoptés pour faire face à des conditions temporaires, ou entre des restrictions raisonnables et déraisonnables. En outre, elle pourrait exiger l'adoption d'une modification constitutionnelle pour mettre en œuvre des règlements plus sévères que ceux qui existaient le 17 avril 1982. Cette solution ne semble pas satisfaisante.

Voir également l'article du professeur McNeil, intitulé «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, à la p. 258 (*q.v.*); Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

On perçoit le caractère arbitraire d'une telle interprétation lorsque l'on examine l'histoire récente de la réglementation fédérale dans le contexte de la présente affaire et de l'industrie de la pêche. Si la *Loi constitutionnelle de 1982* avait été adoptée quelques années plus tôt, tout droit détenu par la bande des Musqueams aurait, selon cette interprétation, été soumis constitutionnellement au régime sévère des permis personnels qui existait depuis 1917. Sous ce régime, en 1969, les prises des Musqueams étaient devenues négligeables ou non existantes. En 1978, un système mis sur pied sur une base expérimentale et selon lequel un

net for a greater number of days than other people. Under this regime, from 1977 to 1984, the number of Band members who fished for food increased from 19 persons using 15 boats, to 64 persons using 38 boats, while 10 other members of the Band fished under commercial licences. Before this regime, the Band's food fish requirement had basically been provided by Band members who were licensed for commercial fishing. Since the regime introduced in 1978 was in force in 1982, then, under this approach, the scope and content of an aboriginal right to fish would be determined by the details of the Band's 1978 licence.

The unsuitability of the approach can also be seen from another perspective. Ninety-one other tribes of Indians, comprising over 20,000 people (compared with 540 Musqueam on the reserve and 100 others off the reserve) obtain their food fish from the Fraser River. Some or all of these bands may have an aboriginal right to fish there. A constitutional patchwork quilt would be created if the constitutional right of these bands were to be determined by the specific regime available to each of those bands in 1982.

Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights," *supra*, at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected.

permis était délivré à la bande permettait aux Musqueams de pêcher au moyen d'un filet de 75 brasses pendant une période plus longue que celle applicable aux autres personnes. Sous ce régime, de 1977 à 1984, le nombre de membres de la bande qui ont pêché à des fins de subsistance est passé de 19 personnes utilisant 15 bateaux à 64 personnes utilisant 38 bateaux alors que 10 autres membres de la bande pêchaient en vertu de permis de pêche commerciale. Avant ce régime, c'était essentiellement les membres de la bande qui détenaient un permis de pêche commerciale qui approvisionnaient celle-ci en poisson à des fins de subsistance. Puisque le régime mis en place en 1978 était en vigueur en 1982, alors, en vertu de cette interprétation, la portée et le contenu d'un droit ancestral de pêcher seraient déterminés par les modalités du permis de 1978 de la bande.

Il est également possible de percevoir le caractère inadéquat de cette interprétation sous un autre angle. Quatre-vingt-onze autres tribus d'Indiens comprenant plus de 20 000 personnes (par opposition aux 540 Musqueams qui habitent la réserve et aux 100 autres à l'extérieur de la réserve) s'approvisionnent en poisson pour des fins d'alimentation dans le fleuve Fraser. Peut-être que certaines ou même que toutes ces bandes ont un droit ancestral de pêcher à cet endroit. Un mélémélo constitutionnel résulterait si le droit constitutionnel de ces bandes devait être établi en fonction du régime spécifique applicable à chacune d'elles en 1982.

Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés».

The Aboriginal Right

We turn now to the aboriginal right at stake in this appeal. The Musqueam Indian Reserve is located on the north shore of the Fraser River close to the mouth of that river and within the limits of the City of Vancouver. There has been a Musqueam village there for hundreds of years. This appeal does not directly concern the reserve or the adjacent waters, but arises out of the Band's right to fish in another area of the Fraser River estuary known as Canoe Passage in the South Arm of the river, some 16 kilometres (about 10 miles) from the reserve. The reserve and those waters are separated by the Vancouver International Airport and the Municipality of Richmond.

The evidence reveals that the Musqueam have lived in the area as an organized society long before the coming of European settlers, and that the taking of salmon was an integral part of their lives and remains so to this day. Much of the evidence of an aboriginal right to fish was given by Dr. Suttles, an anthropologist, supported by that of Mr. Grant, the Band administrator. The Court of Appeal thus summarized Dr. Suttles' evidence, at pp. 307-308:

Dr. Suttles was qualified as having particular qualifications in respect of the ethnography of the Coast Salish Indian people of which the Musqueams were one of several tribes. He thought that the Musqueam had lived in their historic territory, which includes the Fraser River estuary, for at least 1,500 years. That historic territory extended from the north shore of Burrard Inlet to the south shore of the main channel of the Fraser River, including the waters of the three channels by which that river reaches the ocean. As part of the Salish people, the Musqueam were part of a regional social network covering a much larger area but, as a tribe, were themselves an organized social group with their own name, territory and resources. Between the tribes there was a flow of people, wealth and food. No tribe was wholly self-sufficient or occupied its territory to the complete exclusion of others.

Dr. Suttles described the special position occupied by the salmon fishery in that society. The salmon was not only an important source of food but played an important part in the system of beliefs of the Salish people,

Le droit ancestral

Nous passons maintenant au droit ancestral présentement en cause. La réserve indienne des Musqueams est située sur la rive nord du fleuve Fraser, près de son embouchure et dans les limites de la ville de Vancouver. Un village de Musqueams y est établi depuis des centaines d'années. Le présent pourvoi ne concerne pas directement la réserve ou les eaux adjacentes, mais découle du droit de la bande de pêcher dans un autre secteur de l'estuaire du fleuve Fraser, appelé passage Canoe, situé dans le bras sud du fleuve, à quelque 16 kilomètres (environ 10 milles) de la réserve. L'aéroport international de Vancouver et la municipalité de Richmond séparent la réserve de ces eaux.

La preuve révèle que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens et que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui. La preuve de l'existence d'un droit de pêche ancestral provient en grande partie de M. Suttles, un anthropologue, dont le témoignage est confirmé par celui de M. Grant, l'administrateur de la bande. Voici comment la Cour d'appel résume le témoignage de M. Suttles, aux pp. 307 et 308:

[TRADUCTION] Monsieur Suttles est reconnu comme ayant des compétences particulières en ce qui concerne l'ethnographie du peuple indien Salish de la côte, composé de plusieurs tribus dont celles des Musqueams. Selon lui, les Musqueams vivent dans leur territoire ancestral, qui comprend l'estuaire du fleuve Fraser, depuis au moins 1 500 ans. Ce territoire ancestral s'étendait de la rive nord du passage Burrard à la rive sud du bras principal du fleuve Fraser et comprenait les eaux des trois bras par lesquels ce fleuve se jette dans l'océan. Parce que les Musqueams faisaient partie du peuple Salish, ils faisaient partie d'un réseau social régional qui s'étendait sur une bien plus grande région mais, comme tribu, ils formaient eux-mêmes un groupe social organisé ayant un nom, un territoire et des ressources en propre. Entre les tribus, il y avait circulation de personnes, de biens et de nourriture. Aucune tribu n'était tout à fait autosuffisante ni n'occupait son territoire à l'exclusion totale des autres.

Monsieur Suttles a décrit la place privilégiée de la pêche au saumon dans cette société. Le saumon était non seulement une source d'alimentation importante, mais encore il jouait un rôle important dans les croyan-

and in their ceremonies. The salmon were held to be a race of beings that had, in "myth times", established a bond with human beings requiring the salmon to come each year to give their bodies to the humans who, in turn, treated them with respect shown by performance of the proper ritual. Toward the salmon, as toward other creatures, there was an attitude of caution and respect which resulted in effective conservation of the various species.

While the trial for a violation of a penal prohibition may not be the most appropriate setting in which to determine the existence of an aboriginal right, and the evidence was not extensive, the correctness of the finding of fact of the trial judge "that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished from time immemorial in that part of the mouth of the Fraser River for salmon" is supported by the evidence and was not contested. The existence of the right, the Court of Appeal tells us, was "not the subject of serious dispute". It is not surprising, then, that, taken with other circumstances, that court should find, at p. 320, that "the judgment appealed from was wrong in . . . failing to hold that Sparrow at the relevant time was exercising an existing aboriginal right".

In this Court, however, the respondent contested the Court of Appeal's finding, contending that the evidence was insufficient to discharge the appellant's burden of proof upon the issue. It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it.

What the Crown really insisted on, both in this Court and the courts below, was that the Musqueam Band's aboriginal right to fish had been extinguished by regulations under the *Fisheries Act*.

The history of the regulation of fisheries in British Columbia is set out in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, especially at pp. 308 *et seq.*, and we need only summarize it here. Before the

ces du peuple Salish et leurs cérémonies. On considérait le saumon comme une espèce vivante qui, à une «époque mythique», avait établi des liens avec l'espèce humaine; le saumon devait donc venir chaque année et offrir sa chair aux hommes qui, à leur tour, le traitaient avec respect dans l'accomplissement du rite approprié. À l'égard du saumon, comme à l'égard d'autres créatures, il y avait une attitude de prudence et de respect qui a permis de conserver efficacement les diverses espèces.

Bien que le procès concernant la violation d'une interdiction pénale ne constitue pas le cadre idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral et bien que la preuve ne soit pas considérable, l'exactitude de la conclusion de fait du juge de première instance portant [TRADUCTION] «que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux dans cette partie de l'embouchure du fleuve Fraser» est confirmée par la preuve et n'est pas contestée. Selon la Cour d'appel, l'existence de ce droit [TRADUCTION] «n'a pas vraiment été contestée». Il n'est donc pas surprenant que, compte tenu d'autres circonstances, la cour ait conclu, à la p. 320, que [TRADUCTION] «la décision qui fait l'objet de l'appel était erronée parce qu'on [. . .] n'a pas conclu que Sparrow exerçait à l'époque en question un droit ancestral existant».

Devant cette Cour cependant, l'intimée a contesté la conclusion de la Cour d'appel, prétendant que la preuve était insuffisante pour libérer l'appelant de son fardeau de preuve en la matière. Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a une preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y touchons pas.

Ce sur quoi Sa Majesté a vraiment insisté, devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure, c'est que le droit de pêche ancestral des Musqueams a été éteint par les règlements pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

L'historique de la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique est établi dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, particulièrement aux pp. 308 et suiv., et il nous suffit de le

province's entry into Confederation in 1871, the fisheries were not regulated in any significant way, whether in respect of Indians or other people. The Indians were not only permitted but encouraged to continue fishing for their own food requirements. Commercial and sport fishing were not then of any great importance. The federal *Fisheries Act* was only proclaimed in force in the province in 1876 and the first *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* were adopted in 1878 and were minimal.

The 1878 regulations were the first to mention Indians. They simply provided that the Indians were at all times at liberty, by any means other than drift nets or spearing, to fish for food for themselves, but not for sale or barter. The Indian right or liberty to fish was thereby restricted, and more stringent restrictions were added over the years. As noted in *Jack v. The Queen, supra*, at p. 310:

The federal Regulations became increasingly strict in regard to the Indian fishery over time, as first the commercial fishery developed and then sport fishing became common. What we can see is an increasing subjection of the Indian fishery to regulatory control. First, the regulation of the use of drift nets, then the restriction of fishing to food purposes, then the requirement of permission from the Inspector and, ultimately, in 1917, the power to regulate even food fishing by means of conditions attached to the permit.

The 1917 regulations were intended to make still stronger the provisions against commercial fishing in the exercise of the Indian right to fish for food; see P.C. 2539 of Sept. 11, 1917. The Indian food fishing provisions remained essentially the same from 1917 to 1977. The regulations of 1977 retained the general principles of the previous sixty years. An Indian could fish for food under a "special licence" specifying method, locale and times of fishing. Following an experimental program to be discussed later, the 1981 regulations provided for the entirely new concept of a Band food fishing licence, while retaining comprehensive

résumer en l'espèce. Avant l'entrée de la province dans la Confédération en 1871, il n'existait aucune réglementation appréciable de la pêche pour les Indiens ou pour les autres personnes. Les Indiens étaient non seulement autorisés, mais encouragés à pêcher pour se nourrir. La pêche commerciale et la pêche sportive n'avaient pas encore acquis une grande importance. Ce n'est qu'en 1876 que la loi fédérale, la *Loi sur les pêcheries*, est entrée en vigueur en Colombie-Britannique, et le premier règlement dit *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* a été adopté en 1878 et sa portée était très limitée.

C'est en 1878 que les Indiens ont été mentionnés pour la première fois dans le Règlement. Celui-ci prévoyait simplement que les Indiens avaient en tout temps le droit de pêcher pour leur alimentation, mais non pour fins de vente, de troc ou de trafic, par tout moyen sauf le filet dérivant ou le harpon. Le droit ou la liberté des Indiens de pêcher était donc restreint, et des restrictions plus sévères ont été apportées au fil des ans. Tel que souligné dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, précité, à la p. 310:

Face à la popularité de la pêche commerciale puis de la pêche sportive, la réglementation fédérale est, avec le temps, devenue de plus en plus sévère à l'égard des Indiens. On a assisté à l'assujettissement croissant de la pêche par les Indiens au contrôle réglementaire. Cela a commencé par la réglementation de l'usage de filets dérivants qui a été suivie d'une restriction du droit de pêche à des fins d'alimentation, puis de l'obligation d'obtenir un permis de l'inspecteur et enfin, en 1917, du pouvoir de réglementer même la pêche à des fins d'alimentation au moyen de conditions spécifiées dans le permis.

Le règlement de 1917 avait pour but de rendre encore plus sévères les dispositions interdisant la pêche commerciale dans l'exercice du droit des Indiens de pêcher à des fins alimentaires; voir C.P. 2539 du 11 septembre 1917. Les dispositions relatives à la pêche de subsistance des Indiens sont demeurées essentiellement les mêmes de 1917 à 1977. Le règlement de 1977 reprenait les principes généraux des soixante dernières années. Un Indien pouvait pêcher à des fins alimentaires en vertu d'un «permis spécial» précisant la méthode, le lieu et les périodes de pêche. À la suite d'un programme expérimental dont il sera question plus

specification of conditions for the exercise of licences.

It is this progressive restriction and detailed regulation of the fisheries which, respondent's counsel maintained, have had the effect of extinguishing any aboriginal right to fish. The extinguishment need not be express, he argued, but may take place where the sovereign authority is exercised in a manner "necessarily inconsistent" with the continued enjoyment of aboriginal rights. For this proposition, he particularly relied on *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); and *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*. The consent to its extinguishment before the *Constitution Act, 1982* was not required; the intent of the Sovereign could be effected not only by statute but by valid regulations. Here, in his view, the regulations had entirely displaced any aboriginal right. There is, he submitted, a fundamental inconsistency between the communal right to fish embodied in the aboriginal right, and fishing under a special licence or permit issued to individual Indians (as was the case until 1977) in the discretion of the Minister and subject to terms and conditions which, if breached, may result in cancellation of the licence. The *Fisheries Act* and its regulations were, he argued, intended to constitute a complete code inconsistent with the continued existence of an aboriginal right.

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished. The distinction to be drawn was carefully explained, in the context of federalism, in the first

loin, le règlement de 1981 portait sur une notion tout à fait nouvelle d'un permis de pêche à des fins de subsistance d'une bande tout en conservant le régime complet des conditions pour l'exercice du permis.

Selon l'avocat de l'intimée, ce sont ces restrictions progressives et la réglementation détaillée du droit de pêche qui ont eu pour effet d'éteindre tout droit de pêche ancestral. Selon lui, il n'est pas nécessaire que l'extinction soit formulée expressément, elle peut avoir lieu lorsque l'autorité souveraine est exercée d'une manière [TRADUCTION] «nécessairement incompatible» avec la jouissance continue de droits ancestraux. À l'appui de cette affirmation, il a surtout invoqué les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.), et *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité. Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement à l'extinction n'était pas requis; le souverain pouvait réaliser son intention non seulement par une loi mais aussi par un règlement valide. De l'avis de l'avocat, en l'espèce, le règlement avait totalement supplanté tout droit ancestral. Il affirme qu'il existe une incompatibilité fondamentale entre le droit collectif de pêche enchâssé dans le droit ancestral, et le droit de pêche en vertu d'un permis spécial ou d'un permis délivré à des Indiens pris individuellement (comme c'était le cas jusqu'en 1977) par le Ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et sous réserve de conditions qui, si elles étaient violées, pouvaient entraîner l'annulation du permis. Il a poursuivi en affirmant que la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application avaient pour but d'établir un code complet incompatible avec l'existence ininterrompue d'un droit ancestral.

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint. La distinction à faire a été expliquée soigneusement, dans le contexte du fédé-

fisheries case, *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700. There, the Privy Council had to deal with the interrelationship between, on the one hand, provincial property, which by s. 109 of the *Constitution Act, 1867* is vested in the provinces (and so falls to be regulated *qua* property exclusively by the provinces) and, on the other hand, the federal power to legislate respecting the fisheries thereon under s. 91(12) of that Act. The Privy Council said the following in relation to the federal regulation (at pp. 712-13):

... the power to legislate in relation to fisheries does necessarily to a certain extent enable the Legislature so empowered to affect proprietary rights. An enactment, for example, prescribing the times of the year during which fishing is to be allowed, or the instruments which may be employed for the purpose (which it was admitted the Dominion Legislature was empowered to pass) might very seriously touch the exercise of proprietary rights, and the extent, character, and scope of such legislation is left entirely to the Dominion Legislature. The suggestion that the power might be abused so as to amount to a practical confiscation of property does not warrant the imposition by the Courts of any limit upon the absolute power of legislation conferred. The supreme legislative power in relation to any subject-matter is always capable of abuse, but it is not to be assumed that it will be improperly used; if it is, the only remedy is an appeal to those by whom the Legislature is elected.

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in *Baker Lake*, *supra*, at p. 568:

Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*, at pp. 439-40. That in Judson J.'s view was what had occurred in *Calder*, *supra*, where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest,

ralisme, dans le premier arrêt portant sur les pêcheries, *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1898] A.C. 700. Dans cet arrêt, le Conseil privé devait se pencher sur la corrélation entre, d'une part, les biens situés dans la province, qui, en raison de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, appartiennent aux provinces (et qui, à ce titre, sont réglementés exclusivement par la province) et, d'autre part, le pouvoir fédéral de légiférer en matière de pêcheries en vertu du par. 91(12) de cette loi. Le Conseil privé affirme ceci au sujet de la réglementation fédérale, aux pp. 712 et 713:

[TRADUCTION] ... le pouvoir de légiférer en matière de pêcheries permet en toute logique au législateur titulaire d'un tel pouvoir de toucher dans une certaine mesure aux droits de propriété. Par exemple, une disposition qui fixe la saison où il est permis de pêcher ou le genre d'attirail que l'on peut employer pour pêcher (disposition que, de l'aveu de tous, le Parlement du Dominion a le pouvoir d'adopter) pourrait très sérieusement toucher à l'exercice des droits de propriété et l'étendue, la force et la portée d'une telle loi ressortissent entièrement au Parlement du Dominion. L'idée qu'on puisse abuser du pouvoir de sorte qu'en pratique le droit de propriété soit confisqué ne justifie pas les tribunaux d'imposer des restrictions au pouvoir absolu conféré dans la loi. Il est toujours possible d'abuser du pouvoir suprême de légiférer dans un domaine donné, mais il ne faut pas présumer qu'il sera exercé de façon inadmissible; le cas échéant, le seul recours consiste à s'adresser à l'électorat.

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt *Baker Lake*, précité, aux pp. 568 et 569:

Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Voir également l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité, aux pp. 439 et 440. De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire *Calder*, précitée, où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible

including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that “the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be ‘clear and plain’”. (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign’s intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish. The fact that express provision permitting the Indians to fish for food may have applied to all Indians and that for an extended period permits were discretionary and issued on an individual rather than a communal basis in no way shows a clear intention to extinguish. These permits were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights.

We would conclude then that the Crown has failed to discharge its burden of proving extinguishment. In our opinion, the Court of Appeal made no mistake in holding that the Indians have an existing aboriginal right to fish in the area where Mr. Sparrow was fishing at the time of the charge. This approach is consistent with ensuring that an aboriginal right should not be defined by incorporating the ways in which it has been regulated in the past.

The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. As we stated earlier, the right to do so may be exercised in a contemporary manner.

avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu’il incombe à l’intimé d’établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse»». (Nous soulignons.) Le critère de l’extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l’intention du Souverain d’éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d’application détaillés ne font état d’aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu’une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s’appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base individuelle plutôt que collective n’indique aucunement une intention claire d’éteindre le droit. Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents.

Nous sommes donc d’avis que le ministère public ne s’est pas acquitté de son fardeau de prouver l’extinction du droit. Nous estimons que la Cour d’appel n’a commis aucune erreur en décidant que les Indiens ont un droit de pêche ancestral existant dans le secteur où M. Sparrow pêchait au moment de l’infraction. Ce point de vue est compatible avec le principe voulant qu’un droit ancestral ne doive pas être défini en fonction des façons dont il a été réglementé dans le passé.

Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D’après la preuve anthropologique produite pour établir l’existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu’elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d’activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. Comme nous l’avons déjà affirmé, le droit d’agir ainsi peut s’exercer de manière contemporaine.

The British Columbia Court of Appeal in this case held that the aboriginal right was to fish for food purposes, but that purpose was not to be confined to mere subsistence. Rather, the right was found to extend to fish consumed for social and ceremonial activities. The Court of Appeal thereby defined the right as protecting the same interest as is reflected in the government's food fish policy. In limiting the right to food purposes, the Court of Appeal referred to the line of cases involving the interpretation of the Natural Resources Agreements and the food purpose limitation placed on the protection of fishing and hunting rights by the *Constitution Act, 1930* (see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451).

The Court of Appeal's position was attacked from both sides. The respondent for its part, argued that, if an aboriginal right to fish does exist, it does not include the right to take fish for the ceremonial and social activities of the Band. The appellant, on the other hand, attacked the Court of Appeal's restriction of the right to a right to fish for food. He argued that the principle that the holders of aboriginal rights may exercise those rights according to their own discretion has been recognized by this Court in the context of the protection of treaty hunting rights (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387) and that it should be applied in this case such that the right is defined as a right to fish for any purpose and by any non-dangerous method.

In relation to this submission, it was contended before this Court that the aboriginal right extends to commercial fishing. While no commercial fishery existed prior to the arrival of European settlers, it is contended that the Musqueam practice of bartering in early society may be revived as a modern right to fish for commercial purposes. The presence of numerous interveners representing commercial fishing interests, and the suggestion on the facts that the net length restriction is at least

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé en l'espèce que le droit ancestral en cause est celui de pêcher à des fins d'alimentation, mais que ces fins ne doivent pas être restreintes à la simple survie. On a conclu, au contraire, que ce droit s'étend au poisson consommé dans le cadre d'activités sociales et rituelles. La Cour d'appel a ainsi défini le droit comme protégeant le même intérêt que celui que traduit la politique du gouvernement en matière de pêche à des fins de subsistance. En limitant à des fins de subsistance l'exercice de ce droit, la Cour d'appel s'est fondée sur un courant de jurisprudence portant sur l'interprétation des conventions sur les ressources naturelles et sur la restriction relative à la subsistance apportée par la *Loi constitutionnelle de 1930* à la protection des droits de pêche et de chasse (voir *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451).

Les deux parties ont contesté la position de la Cour d'appel. D'une part, l'intimée a soutenu que si le droit ancestral de pêcher existe, ce droit ne comprend pas celui de prendre du poisson pour des cérémonies ou des activités sociales de la bande. D'autre part, l'appelant a contesté la restriction apportée par la Cour d'appel au droit de pêcher à des fins de subsistance. Il a soutenu que le principe suivant lequel les titulaires de droits ancestraux peuvent exercer ces droits comme bon leur semble a reçu l'aval de notre Cour dans le contexte de la protection de droits de chasse issus d'un traité (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387), et qu'il devrait être appliqué dans la présente instance de manière à ce que le droit en question soit défini comme un droit de pêcher à quelque fin que ce soit, au moyen de toute méthode non dangereuse.

En ce qui concerne cet argument, on a soutenu devant notre Cour que le droit ancestral englobe la pêche commerciale. Bien qu'il n'y ait pas eu de pêche commerciale avant l'arrivée des colons européens, on prétend que le troc pratiqué jadis par les Musqueams peut être rétabli sous la forme d'un droit moderne de pêcher à des fins commerciales. La présence de nombreux intervenants représentant les intérêts des pêcheurs commerciaux et l'idée, se dégageant des faits, que la restriction

in part related to the probable commercial use of fish caught under the Musqueam food fishing licence, indicate the possibility of conflict between aboriginal fishing and the competitive commercial fishery with respect to economically valuable fish such as salmon. We recognize the existence of this conflict and the probability of its intensification as fish availability drops, demand rises and tensions increase.

Government regulations governing the exercise of the Musqueam right to fish, as described above, have only recognized the right to fish for food for over a hundred years. This may have reflected the existing position. However, historical policy on the part of the Crown is not only incapable of extinguishing the existing aboriginal right without clear intention, but is also incapable of, in itself, delineating that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can however regulate the exercise of that right, but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

In the courts below, the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes. Rather, the focus was and continues to be on the validity of a net length restriction affecting the appellant's food fishing licence. We therefore adopt the Court of Appeal's characterization of the right for the purpose of this appeal, and confine our reasons to the meaning of the constitutional recognition and affirmation of the existing aboriginal right to fish for food and social and ceremonial purposes.

“Recognized and Affirmed”

We now turn to the impact of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* on the regulatory power of Parliament and on the outcome of this appeal specifically.

quant à la longueur des filets est liée, du moins en partie, à l'usage commercial qui est probablement fait du poisson pris en vertu du permis de pêche de subsistance des Musqueams indiquent une possibilité de conflit entre la pêche par des autochtones et la pêche commerciale concurrentielle relativement à un poisson d'une grande valeur économique comme le saumon. Nous reconnaissons l'existence de ce conflit ainsi que la probabilité qu'il s'aggrave à mesure que les quantités de poisson diminuent, que la demande augmente et que les tensions montent.

Depuis plus de cent ans, les règlements gouvernementaux régissant l'exercice du droit des Musqueams de pêcher décrit plus haut ne reconnaissent que le droit de pêcher à des fins de subsistance. Cela peut expliquer la position actuelle. Cependant, non seulement la politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens, mais elle ne permet pas non plus en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Devant les tribunaux d'instance inférieure, la présente affaire n'a pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. Les débats ont plutôt porté, et portent encore, sur la validité d'une restriction quant à la longueur des filets qui touche le permis de pêche de subsistance de l'appelant. Nous adoptons donc, pour les fins du présent pourvoi, la caractérisation de ce droit donnée par la Cour d'appel et limitons nos motifs au sens de la reconnaissance et de la confirmation constitutionnelles du droit ancestral existant de pêcher à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles.

«Reconnus et confirmés»

Nous passons maintenant à l'effet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur le pouvoir réglementaire du Parlement et, en particulier, sur l'issue du présent pourvoi.

Counsel for the appellant argued that the effect of s. 35(1) is to deny Parliament's power to restrictively regulate aboriginal fishing rights under s. 91(24) ("Indians and Lands Reserved for the Indians"), and s. 91(12) ("Sea Coast and Inland Fisheries"). The essence of this submission, supported by the intervener, the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, is that the right to regulate is part of the right to use the resource in the Band's discretion. Section 35(1) is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nor to legislative override under s. 33. The appellant submitted that, if the regulatory power continued, the limits on its extent are set by the word "inconsistent" in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the protective and remedial purposes of s. 35(1). This means that aboriginal title entails a right to fish by any non-dangerous method chosen by the aboriginals engaged in fishing. Any continuing governmental power of regulation would have to be exceptional and strictly limited to regulation that is clearly not inconsistent with the protective and remedial purposes of s. 35(1). Thus, counsel for the appellant speculated, "in certain circumstances, necessary and reasonable conservation measures might qualify" (emphasis added)—where for example such measures were necessary to prevent serious impairment of the aboriginal rights of present and future generations, where conservation could only be achieved by restricting the right and not by restricting fishing by other users, and where the aboriginal group concerned was unwilling to implement necessary conservation measures. The onus of proving a justification for restrictive regulations would lie with the government by analogy with s. 1 of the *Charter*.

In response to these submissions and in finding the appropriate interpretive framework for s. 35(1), we start by looking at the background of s. 35(1).

L'avocat de l'appellant soutient que l'effet du par. 35(1) est de nier le pouvoir du Parlement de réglementer restrictivement les droits de pêche des autochtones en vertu du par. 91(24) («les Indiens et les terres réservées aux Indiens») et du par. 91(12) («les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur»). L'essence de cet argument, appuyé par l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, est que le droit de réglementer fait partie du droit de la bande d'utiliser la ressource comme bon lui semble. Le paragraphe 35(1) n'est pas assujéti à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni à la dérogation législative prévue à l'art. 33. L'appellant fait valoir que si le pouvoir de réglementation continue de s'appliquer, les limites de son étendue sont établies par le terme «incompatibles» contenu au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). Cela signifie qu'un titre aborigène comporte le droit de pêcher au moyen de toute méthode non dangereuse choisie par les pêcheurs autochtones. Tout pouvoir de réglementation que le gouvernement continuerait à exercer devrait être exceptionnel et strictement limité à une réglementation nettement compatible avec les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). L'avocat de l'appellant a donc supposé que [TRA-DUCTION] «dans certains cas, des mesures de conservation nécessaires et raisonnables pourraient être adoptées» (nous soulignons) si, par exemple, de telles mesures étaient nécessaires pour éviter qu'on porte sérieusement atteinte aux droits ancestraux des générations actuelles et futures, si les objectifs de conservation ne pouvaient être atteints que par une restriction de ce droit et non de la pêche pratiquée par d'autres pêcheurs, et si le groupe autochtone visé refusait de mettre en œuvre les mesures de conservation nécessaires. Par analogie avec l'article premier de la *Charte*, il incomberait au gouvernement de justifier l'adoption de règlements restrictifs.

Afin de répondre à ces arguments et de trouver le cadre d'interprétation approprié pour le par. 35(1), nous commençons par examiner l'historique de ce paragraphe.

It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown; see *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); see also the Royal Proclamation itself (R.S.C., 1985, App. II, No. 1, pp. 4-6); *Calder, supra, per* Judson J., at p. 328, Hall J., at pp. 383 and 402. And there can be no doubt that over the years the rights of the Indians were often honoured in the breach (for one instance in a recent case in this Court, see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654. As MacDonald J. stated in *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.), at p. 37: "We cannot recount with much pride the treatment accorded to the native people of this country."

For many years, the rights of the Indians to their aboriginal lands — certainly as legal rights — were virtually ignored. The leading cases defining Indian rights in the early part of the century were directed at claims supported by the Royal Proclamation or other legal instruments, and even these cases were essentially concerned with settling legislative jurisdiction or the rights of commercial enterprises. For fifty years after the publication of Clement's *The Law of the Canadian Constitution* (3rd ed. 1916), there was a virtual absence of discussion of any kind of Indian rights to land even in academic literature. By the late 1960s, aboriginal claims were not even recognized by the federal government as having any legal status. Thus the *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* (1969), although well meaning, contained the assertion (at p. 11) that "aboriginal claims to land . . . are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to the Indians as members of the Canadian community". In the same general period, the James Bay development by Quebec Hydro was originally initiated without regard to

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté; voir l'arrêt *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (C.S.É.-U.); voir également la Proclamation royale elle-même (L.R.C. (1985), app. II, n° 1, pp. 4 à 6); *Calder*, précité, le juge Judson, à la p. 328, le juge Hall aux pp. 383 et 402. Et il n'y a pas de doute qu'au fil des ans les droits des Indiens ont souvent été reconnus par suite d'une violation (voir, par exemple l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654). Comme le juge MacDonald l'a affirmé dans la décision *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.), à la p. 37: [TRADUCTION] «Ce n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux autochtones de notre pays».

Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales — certainement à titre de droits reconnus en common law — ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3^e éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (1969), contenait (à la p. 12) l'affirmation que «les droits aborigènes [. . .] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesu-

the rights of the Indians who lived there, even though these were expressly protected by a constitutional instrument; see *The Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45. It took a number of judicial decisions and notably the *Calder* case in this Court (1973) to prompt a reassessment of the position being taken by government.

In the light of its reassessment of Indian claims following *Calder*, the federal Government on August 8, 1973 issued "a statement of policy" regarding Indian lands. By it, it sought to "signify the Government's recognition and acceptance of its continuing responsibility under the British North America Act for Indians and lands reserved for Indians", which it regarded "as an historic evolution dating back to the Royal Proclamation of 1763, which, whatever differences there may be about its judicial interpretation, stands as a basic declaration of the Indian people's interests in land in this country". (Emphasis added.) See *Statement made by the Honourable Jean Chrétien, Minister of Indian Affairs and Northern Development on Claims of Indian and Inuit People*, August 8, 1973. The remarks about these lands were intended "as an expression of acknowledged responsibility". But the statement went on to express, for the first time, the government's willingness to negotiate regarding claims of aboriginal title, specifically in British Columbia, Northern Quebec, and the Territories, and this without regard to formal supporting documents. "The Government", it stated, "is now ready to negotiate with authorized representatives of these native peoples on the basis that where their traditional interest in the lands concerned can be established, an agreed form of compensation or benefit will be provided to native peoples in return for their interest."

res qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne». Au cours de la même période générale, Hydro Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt *Calder* de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position.

Compte tenu de sa nouvelle évaluation des revendications des Indiens à la suite de l'arrêt *Calder*, le gouvernement fédéral publie, le 8 août 1973, «une déclaration de principe» concernant les terres indiennes. Par cette déclaration, le gouvernement veut montrer qu'il «reconnait et accepte sa responsabilité permanente, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, en ce qui a trait aux Indiens et aux territoires réservés à leur intention», qu'il considère «comme le résultat d'une évolution historique remontant à la Proclamation royale de 1763, laquelle demeure comme une déclaration fondamentale des intérêts fonciers des Indiens du pays, quelles que soient les différences intervenues quant à son interprétation légale». (Nous soulignons.) Voir la *Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et Inuit*, en date du 8 août 1973. Les remarques au sujet de ces terres se voulaient «une attestation de [. . .] responsabilité.» Mais, pour la première fois, le gouvernement y exprime sa volonté de négocier concernant les revendications d'un titre aborigène de propriété, particulièrement en Colombie-Britannique, dans le Nouveau-Québec et les Territoires, et ce, indépendamment de tout document officiel. «Le gouvernement», dit-on, «est maintenant prêt à négocier avec les représentants mandatés par ces groupes, en partant du principe que, dans les cas où leurs droits traditionnels aux terres revendiquées peuvent être établis, les autochtones recevront, en retour de ces intérêts, une indemnité ou un avantage convenus.»

It is obvious from its terms that the approach taken towards aboriginal claims in the 1973 statement constituted an expression of a policy, rather than a legal position; see also *In All Fairness: A Native Claims Policy — Comprehensive Claims* (1981), pp. 11-12; Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" *op. cit.*, at p. 730. As recently as *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, the federal government argued in this Court that any federal obligation was of a political character.

It is clear, then, that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible and it is important to note that the provision applies to the Indians, the Inuit and the Métis. Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. We are, of course, aware that this would, in any event, flow from the *Guerin* case, *supra*, but for a proper understanding of the situation, it is essential to remember that the *Guerin* case was decided after the commencement of the *Constitution Act, 1982*. In addition to its effect on aboriginal rights, s. 35(1) clarified other issues regarding the enforcement of treaty rights (see Sanders, "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Beaudoin and Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., especially at p. 730).

In our opinion, the significance of s. 35(1) extends beyond these fundamental effects. Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, says the following about s. 35(1), at p. 100:

Il ressort clairement du texte que l'attitude adoptée à l'égard des revendications des autochtones dans la déclaration de 1973 exprimait une politique plutôt qu'une prise de position sur le plan juridique; voir également *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales* (1981), pp. 11 et 12; Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, à la p. 730. Aussi récemment que dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le gouvernement fédéral a soutenu devant notre Cour que toute obligation fédérale était de nature politique.

Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) et il est important de souligner que cette disposition s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis. Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin*, précité, mais pour bien comprendre la situation, il est essentiel de se rappeler que l'arrêt *Guerin* a été rendu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, en plus de son effet sur les droits ancestraux, le par. 35(1) a clarifié d'autres points concernant l'application des droits issus de traités (voir Sanders, «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada,» dans Beaudoin et Ratushny (éd.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd., particulièrement à la p. 730).

À notre avis, l'importance du par. 35(1) va au-delà de ces effets fondamentaux. Dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100, le professeur Lyon dit ceci au sujet du par. 35(1):

... the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. Here, we will sketch the framework for an interpretation of "recognized and affirmed" that, in our opinion, gives appropriate weight to the constitutional nature of these words.

In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court said the following about the perspective to be adopted when interpreting a constitution, at p. 745:

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and un suffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails.

The nature of s. 35(1) itself suggests that it be construed in a purposive way. When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. When the Court of Appeal below was confronted with the submission that s. 35 has no effect on aboriginal or treaty rights and that it is merely a preamble to the parts of the *Constitution Act, 1982*, which deal with aboriginal rights, it said the following, at p. 322:

[TRANSDUCTION] ... le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. Nous allons ici ébaucher le cadre d'une interprétation de l'expression «reconnus et confirmés» qui, selon nous, accorde au caractère constitutionnel de ces mots l'importance qui lui revient.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour affirme ceci au sujet de l'optique dans laquelle il faut aborder l'interprétation d'une constitution, à la p. 745:

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance.

La nature même du par. 35(1) laisse supposer qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. Devant l'argument voulant que l'art. 35 n'ait aucun effet sur les droits ancestraux ou issus de traités et qu'il ne soit qu'un préambule aux parties de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui portent sur les droits des autochtones, la Cour d'appel en l'espèce dit ceci, à la p. 322:

This submission gives no meaning to s. 35. If accepted, it would result in denying its clear statement that existing rights are hereby recognized and affirmed, and would turn that into a mere promise to recognize and affirm those rights sometime in the future To so construe s. 35(1) would be to ignore its language and the principle that the Constitution should be interpreted in a liberal and remedial way. We cannot accept that that principle applies less strongly to aboriginal rights than to the rights guaranteed by the Charter, particularly having regard to the history and to the approach to interpreting treaties and statutes relating to Indians required by such cases as *Nowegijick v. R.*, [1983] 1 S.C.R. 29

In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, the following principle that should govern the interpretation of Indian treaties and statutes was set out:

. . . treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

In *R. v. Agawa*, *supra*, Blair J.A. stated that the above principle should apply to the interpretation of s. 35(1). He added the following principle to be equally applied, at pp. 215-16:

The second principle was enunciated by the late Associate Chief Justice MacKinnon in *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. He emphasized the importance of Indian history and traditions as well as the perceived effect of a treaty at the time of its execution. He also cautioned against determining Indian rights "in a vacuum". The honour of the Crown is involved in the interpretation of Indian treaties and, as a consequence, fairness to the Indians is a governing consideration. He said at p. 367:

"The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of 'sharp dealing' should be sanctioned."

This view is reflected in recent judicial decisions which have emphasized the responsibility of Government to protect the rights of Indians arising from the special trust relationship created by history, treaties and legisla-

[TRADUCTION] Cet argument ne donne aucun sens à l'art. 35. En le retenant, on se trouverait à nier la déclaration non équivoque de cet article que les droits existants sont reconnus et confirmés et à n'en faire qu'une simple promesse de reconnaître et de confirmer ces droits à une époque future [. . .] Une telle interprétation du par. 35(1) ferait abstraction à la fois de ses termes et du principe selon lequel la Constitution doit recevoir une interprétation libérale et réparatrice. Nous ne pouvons accepter que ce principe s'applique avec moins de force aux droits ancestraux qu'à ceux garantis par la Charte, compte tenu particulièrement de l'histoire et de la méthode d'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens commandée par des arrêts comme *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 . . .

Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36, on énonce le principe qui doit régir l'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens:

. . . les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [. . .] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

Dans l'arrêt *R. v. Agawa*, précité, le juge Blair affirme que ce principe devrait s'appliquer à l'interprétation du par. 35(1). Aux pages 215 et 216, il ajoute comme tout aussi applicable le principe suivant:

[TRADUCTION] Le second principe a été énoncé par feu le juge en chef adjoint MacKinnon dans l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. Soulignant l'importance de l'histoire et des traditions indiennes ainsi que ce qu'on croyait être l'effet du traité au moment de sa signature, il a en outre fait une mise en garde contre la détermination des droits des Indiens «dans l'abstrait». L'interprétation de traités avec les Indiens met en cause l'honneur de la Couronne et, par conséquent, l'équité envers les Indiens est un facteur dominant. Il dit, à la p. 367:

«Les principes applicables à l'interprétation de traités visant les Indiens ont fait l'objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.»

Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux

tion: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

In *Guerin, supra*, the Musqueam Band surrendered reserve lands to the Crown for lease to a golf club. The terms obtained by the Crown were much less favourable than those approved by the Band at the surrender meeting. This Court found that the Crown owed a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands. The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.

We agree with both the British Columbia Court of Appeal below and the Ontario Court of Appeal that the principles outlined above, derived from *Nowegijick, Taylor and Williams* and *Guerin*, should guide the interpretation of s. 35(1). As commentators have noted, s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content (Lyon, *op. cit.*; Pentney, *op. cit.*; Schwartz, "Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—'What's in the Box?' and 'What Kind of Box?'" Chapter XXIV, in *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slattery, *op. cit.*; and Slattery, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

In response to the appellant's submission that s. 35(1) rights are more securely protected than the rights guaranteed by the *Charter*, it is true that s. 35(1) is not subject to s. 1 of the *Charter*. In our

créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs: voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

Dans l'affaire *Guerin*, précitée, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l'assemblée de la cession. Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans l'interprétation du par. 35(1), on doit se laisser guider par les principes exposés ci-dessus qui découlent des arrêts *Nowegijick, Taylor and Williams* et *Guerin*. Comme les auteurs l'ont souligné, le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile (Lyon, *op. cit.*; Pentney, *op. cit.*; Schwartz, "Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—'What's in the Box?' and 'What Kind of Box?'" chapitre XXIV, dans *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slattery, *op. cit.*, et Slattery, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

Pour répondre à l'argument de l'appelant que les droits visés au par. 35(1) bénéficient d'une protection plus sûre que ceux garantis par la *Charte*, il est vrai que le par. 35(1) n'est pas assujéti à

opinion, this does not mean that any law or regulation affecting aboriginal rights will automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will nonetheless be valid, if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

There is no explicit language in the provision that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words “recognition and affirmation” incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in *Nowegijick, supra*, and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*.

We refer to Professor Slattery’s “Understanding Aboriginal Rights”, *op. cit.*, with respect to the task of envisioning a s. 35(1) justificatory process. Professor Slattery, at p. 782, points out that a justificatory process is required as a compromise between a “patchwork” characterization of aboriginal rights whereby past regulations would be read into a definition of the rights, and a characterization that would guarantee aboriginal rights in their original form unrestricted by subsequent regulation. We agree with him that these

l’article premier de la *Charte*. Cela ne veut pas dire, selon nous, que toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones sera automatiquement inopérant en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l’exercice de droits ancestraux sera néanmoins valide s’il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe en question ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n’importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d’une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l’expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d’autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l’obligation fédérale et la meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d’interprétation libérale énoncé dans l’arrêt *Nowegijick*, précité, et avec l’idée que la Couronne doit être tenue au respect d’une norme élevée — celle d’agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l’arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

Nous nous référons à «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, du professeur Slattery pour ce qui est d’envisager un processus de justification au par. 35(1). Le professeur Slattery souligne, à la p. 782, qu’un processus de justification s’impose à titre de compromis entre une caractérisation «composite» des droits ancestraux qui ferait entrer dans la définition de ceux-ci les règlements antérieurs et une caractérisation qui garantirait les droits ancestraux sous leur forme initiale sans aucune restriction apportée par des règlements ultérieurs. Nous

two extreme positions must be rejected in favour of a justificatory scheme.

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

In these reasons, we will outline the appropriate analysis under s. 35(1) in the context of a regula-

sommes d'accord avec lui pour dire que ces deux positions extrêmes doivent être rejetées au profit d'un système de justification.

a Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que *b* les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné *c* les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans *d* la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme *e* aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a *f* un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

La reconnaissance constitutionnelle exprimée *g* dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, *h* devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance *i* représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

j Dans les présents motifs, nous entendons exposer l'analyse appropriée aux fins du par. 35(1)

tion made pursuant to the *Fisheries Act*. We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

Section 35(1) and the Regulation of the Fisheries

Taking the above framework as guidance, we propose to set out the test for *prima facie* interference with an existing aboriginal right and for the justification of such an interference. With respect to the question of the regulation of the fisheries, the existence of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, renders the authority of *R. v. Derriksan, supra*, inapplicable. In that case, Laskin C.J., for this Court, found that there was nothing to prevent the *Fisheries Act* and the Regulations from subjecting the alleged aboriginal right to fish in a particular area to the controls thereby imposed. As the Court of Appeal in the case at bar noted, the *Derriksan* line of cases established that, before April 17, 1982, the aboriginal right to fish was subject to regulation by legislation and subject to extinguishment. The new constitutional status of that right enshrined in s. 35(1) suggests that a different approach must be taken in deciding whether regulation of the fisheries might be out of keeping with constitutional protection.

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1). Parliament is not expected to act in a manner contrary to the rights and interests of aboriginals, and, indeed, may be barred from doing so by the second stage of s. 35(1) analysis. The inquiry with respect to interference begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Our earlier observations

dans le contexte d'un règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Le paragraphe 35(1) et la réglementation des pêcheries

Nous servant du cadre que nous venons de décrire, nous nous proposons d'énoncer le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant, d'une part, et pour justifier cette atteinte, d'autre part. En ce qui a trait à la question de la réglementation des pêcheries, l'existence du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait en sorte que l'arrêt *R. v. Derriksan*, précité, ne s'applique pas. Dans cette affaire, le juge en chef Laskin a statué, au nom de notre Cour, que rien n'empêchait la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application d'assujettir aux contrôles y prévus le droit ancestral, qu'on revendiquait, de pêcher dans une zone déterminée. Comme le fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, il ressort du courant de jurisprudence établi par l'arrêt *Derriksan* qu'avant le 17 avril 1982, le droit de pêche ancestral était soumis à une réglementation par voie législative et était susceptible d'extinction. Or, le nouveau statut constitutionnel de ce droit consacré au par. 35(1) laisse entendre qu'on doit procéder différemment en décidant si la réglementation des pêcheries pourrait être incompatible avec la protection constitutionnelle.

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1). Le Parlement n'est pas censé agir d'une manière contraire aux droits et aux intérêts des autochtones et, en réalité, il peut être empêché de le faire par la seconde étape de l'analyse fondée sur le par. 35(1). L'analyse portant sur l'atteinte commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Nos observa-

regarding the scope of the aboriginal right to fish are relevant here. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful, then, to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of what the reasons for judgment in *Guerin, supra*, at p. 382, referred to as the “*sui generis*” nature of aboriginal rights. (See also Little Bear, “A Concept of Native Title,” [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. For example, it would be artificial to try to create a hard distinction between the right to fish and the particular manner in which that right is exercised.

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right. If, for example, the Musqueam were forced to spend undue time and money per fish caught or if the net length reduction resulted in a hardship to

tions précédentes concernant la portée du droit de pêche ancestral sont pertinentes à ce propos. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle, dans les motifs de jugement de l'affaire *Guerin*, précitée, à la p. 382, la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. (Voir aussi Little Bear, «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. Il serait artificiel, par exemple, de tenter d'établir une distinction nette entre le droit de pêche et la manière précise dont ce droit est exercé.

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par

the Musqueam in catching fish, then the first branch of the s. 35(1) analysis would be met.

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial.

The Court of Appeal below held, at p. 331, that regulations could be valid if reasonably justified as “necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest”. (Emphasis added.) We find the “public interest” justification to be so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights.

The justification of conservation and resource management, on the other hand, is surely uncontroversial. In *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the applicability of the B.C. *Wildlife Act*, S.B.C. 1966, c. 55, to the appellant members

le droit de pêche. Si, par exemple, les Musqueams se voyaient astreints à des pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou si la restriction quant à la longueur des filets faisait en sorte
 a qu'il serait difficile aux Musqueams de prendre du poisson, cela suffirait pour satisfaire aux exigences du premier volet de l'analyse fondée sur le par. 35(1).

b Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la
 c Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé
 d par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la
 e gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de
 f la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

La Cour d'appel en l'espèce a décidé, à la p. 331, qu'une réglementation pourrait être valide si elle était raisonnablement justifiée comme [TRANSDUCTION] «nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l'intérêt public». (Nous soulignons.) Nous considérons que
 h la justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.
 i

Par contre, la justification de la conservation et de la gestion des ressources ne constitue sûrement pas un sujet de controverse. Dans l'affaire *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, notre Cour s'est penchée sur la question de l'applicabilité de la

of the Penticton Indian Band was considered by this Court. In discussing that Act, the following was said about the objective of conservation (at p. 112):

Game conservation laws have as their policy the maintenance of wildlife resources. It might be argued that without some conservation measures the ability of Indians or others to hunt for food would become a moot issue in consequence of the destruction of the resource. The presumption is for the validity of a legislative enactment and in this case the presumption has to mean that in the absence of evidence to the contrary the measures taken by the British Columbia Legislature were taken to maintain an effective resource in the Province for its citizens and not to oppose the interests of conservationists and Indians in such a way as to favour the claims of the former.

While the "presumption" of validity is now outdated in view of the constitutional status of the aboriginal rights at stake, it is clear that the value of conservation purposes for government legislation and action has long been recognized. Further, the conservation and management of our resources is consistent with aboriginal beliefs and practices, and, indeed, with the enhancement of aboriginal rights.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

The problem that arises in assessing the legislation in light of its objective and the responsibility of the Crown is that the pursuit of conservation in a heavily used modern fishery inevitably blurs with the efficient allocation and management of this scarce and valued resource. The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between

Wildlife Act de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1966, ch. 55, aux appelants membres de la bande indienne Penticton. En analysant cette loi, on affirme au sujet de l'objectif de conservation (à la p. 112):

Les lois sur la conservation de la faune ont pour but la protection du gibier. On peut soutenir que sans mesure de protection, l'anéantissement de la faune rendrait théorique la question du droit des Indiens ou d'autres personnes de chasser pour se nourrir. Il faut présumer que le texte législatif en cause est valide. En l'espèce, cela signifie qu'en l'absence d'une preuve à l'effet contraire, il faut aussi présumer que les mesures adoptées par la Législature de la Colombie-Britannique ont pour but la protection efficace de la faune de la province, pour ses habitants, et ne visent pas à opposer les intérêts des écologistes à ceux des Indiens en favorisant les revendications des premiers.

Bien que la «présomption» de validité soit maintenant désuète étant donné le statut constitutionnel des droits ancestraux en cause, il est évident que l'importance des objectifs de conservation est reconnue depuis longtemps en matière de législation et d'action gouvernementales. De plus, la conservation et la gestion de nos ressources sont compatibles avec les croyances et les pratiques des autochtones et, en fait, avec la mise en valeur des droits de ces derniers.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Le problème qui se pose en évaluant la mesure législative en fonction de son objectif et de la responsabilité de la Couronne, est que les efforts de conservation dans une industrie de la pêche moderne fortement exploitée se heurtent inévitablement à la répartition et à la gestion efficaces d'une ressource à la fois peu abondante et très prisée. La nature de la protection constitutionnelle

the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource. There is a clear need for guidelines that will resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. We refer to the reasons of Dickson J., as he then was, in *Jack v. The Queen, supra*, for such guidelines.

In *Jack*, the appellants' defence to a charge of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period was based on the alleged constitutional incapacity of Parliament to legislate such as to deny the Indians their right to fish for food. They argued that art. 13 of the *British Columbia Terms of Union* imposed a constitutional limitation on the federal power to regulate. While we recognize that the finding that such a limitation had been imposed was not adopted by the majority of this Court, we point out that this case concerns a different constitutional promise that asks this Court to give a meaningful interpretation to recognition and affirmation. That task requires equally meaningful guidelines responsive to the constitutional priority accorded aboriginal rights. We therefore repeat the following passage from *Jack*, at p. 313:

Conservation is a valid legislative concern. The appellants concede as much. Their concern is in the allocation of the resource after reasonable and necessary conservation measures have been recognized and given effect to. They do not claim the right to pursue the last living salmon until it is caught. Their position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

qu'offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l'existence d'un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource. De toute évidence, on a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition des ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Pour de telles lignes directrices, nous renvoyons aux motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'affaire *Jack c. La Reine*, précité.

Dans l'affaire *Jack*, les appelants, accusés d'avoir pêché le saumon pendant une période et en un endroit prohibés, ont invoqué comme moyen de défense la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement pour légiférer de manière à priver les Indiens du droit de pêcher pour se nourrir. Ils ont fait valoir que l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* imposait une limite constitutionnelle au pouvoir réglementaire fédéral. Tout en reconnaissant que la conclusion qu'une telle limite avait été imposée n'a pas été adoptée par la majorité dans notre Cour, nous soulignons qu'il s'agit en l'espèce d'une promesse constitutionnelle différente, par suite de laquelle notre Cour est appelée à donner un sens utile aux notions de reconnaissance et de confirmation. C'est là une tâche dont l'accomplissement nécessite des lignes directrices tout aussi utiles qui tiennent compte de la priorité constitutionnelle accordée aux droits ancestraux. En conséquence, nous reprenons le passage suivant de l'arrêt *Jack*, à la p. 313:

La protection des ressources constitue une considération législative valide. Les appelants l'admettent. Ce qui les préoccupe c'est plutôt la répartition des ressources après la détermination et l'application des mesures de protection raisonnables et nécessaires. Ils ne réclament pas le droit de pêcher jusqu'au dernier saumon. Ils préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

I agree with the general tenor of this argument With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fishermen, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

The constitutional nature of the Musqueam food fishing rights means that any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing. If the objective pertained to conservation, the conservation plan would be scrutinized to assess priorities. While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

The decision of the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, addresses the constitutionality of the Nova Scotia Micmac Indians' right to fish in the waters of Indian Brook and the Afton River, and does so in a way that accords with our understanding of the constitutional nature of aboriginal rights and the link between allocation and justification required for government regulation of the exercise of the

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes [. . .] En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

La nature constitutionnelle du droit des Musqueams de pêcher à des fins de subsistance fait en sorte que, dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance. Si l'objectif visé se rapportait à la conservation des ressources, le plan de conservation serait examiné en vue de déterminer les priorités. Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

Dans l'arrêt *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse se penche sur la constitutionnalité du droit des Indiens Micmacs de la Nouvelle-Écosse de pêcher dans les eaux du ruisseau Indian et de la rivière Afton et elle le fait d'une manière conforme à notre compréhension de la nature constitutionnelle des droits ancestraux et du lien entre la répartition et la justification qui est requis pour que le gouverne-

rights. Clarke C.J.N.S., for a unanimous court, found that the Nova Scotia *Fishery Regulations* enacted pursuant to the federal *Fisheries Act* were in part inconsistent with the constitutional rights of the appellant Micmac Indians. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, provided the appellants with the right to a top priority allocation of any surplus of the fisheries resource which might exist after the needs of conservation had been taken into account. With respect to the issue of the Indians' priority to a food fishery, Clarke C.J.N.S. noted that the official policy of the federal government recognizes that priority. He added the following, at p. 339:

I have no hesitation in concluding that factual as well as legislative and policy recognition must be given to the existence of an Indian food fishery in the waters of Indian Brook, adjacent to the Eskasoni Reserve, and the waters of the Afton River after the needs of conservation have been taken into account . . .

To afford user groups such as sports fishermen (anglers) a priority to fish over the legitimate food needs of the appellants and their families is simply not appropriate action on the part of the federal government. It is inconsistent with the fact that the appellants have for many years, and continue to possess an aboriginal right to fish for food. The appellants have, to employ the words of their counsel, a "right to share in the available resource". This constitutional entitlement is second only to conservation measures that may be undertaken by federal legislation.

Further, Clarke C.J.N.S. found that s. 35(1) provided the constitutional recognition of the aboriginal priority with respect to the fishery, and that the regulations, in failing to guarantee that priority, were in violation of the constitutional provision. He said the following, at pp. 340-41:

Though it is crucial to appreciate that the rights afforded to the appellants by s. 35(1) are not absolute, the impugned regulatory scheme fails to recognize that this section provides the appellants with a priority of allocation and access to any surplus of the fisheries resource once the needs of conservation have been taken into account. Section 35(1), as applied to these appeals, provides the appellants with an entitlement to fish in the waters in issue to satisfy their food needs, where a

ment puisse réglementer l'exercice de ces droits.. Le juge en chef Clarke a décidé, au nom d'une cour unanime, que les *Fishery Regulations* de la Nouvelle-Écosse pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries* fédérale étaient incompatibles en partie avec les droits constitutionnels des Micmacs appelants. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait aux appelants le droit d'obtenir la priorité absolue sur tout surplus de poisson pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation. Quant à la question de la priorité du droit des Indiens de pêcher pour se nourrir, le juge en chef Clarke fait remarquer que le gouvernement fédéral reconnaît officiellement cette priorité. Il ajoute, à la p. 339:

[TRADUCTION] Je conclus sans hésitation que l'existence du droit des Indiens, sous réserve des exigences de la conservation, de pêcher à des fins de subsistance dans les eaux du ruisseau Indian, adjacentes à la réserve Eskasoni, et dans les eaux de la rivière Afton, doit être reconnue aussi bien dans les faits que sur les plans de la législation et des politiques . . .

Il ne convient simplement pas que le gouvernement fédéral accorde à des groupes d'usagers tels que les pêcheurs sportifs (les pêcheurs à la ligne) une priorité en matière de pêche qui l'emporte sur les besoins alimentaires légitimes des appelants et de leurs familles. Cela est inconciliable avec le fait que les appelants jouissent depuis bien des années d'un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Les appelants, pour reprendre la formule de leur avocat, ont «droit à une part de la ressource disponible». Ce droit constitutionnel ne cède le pas qu'aux mesures de conservation pouvant être prévues dans des lois fédérales.

Le juge en chef Clarke a conclu en outre que le par. 35(1) énonçait la reconnaissance constitutionnelle de la priorité des autochtones en matière de pêche et que le règlement, du fait qu'il ne garantissait pas cette priorité, violait cette disposition constitutionnelle. Il dit, aux pp. 340 et 341:

[TRADUCTION] Quoiqu'il importe au plus haut degré de comprendre que les droits conférés aux appelants par le par. 35(1) ne sont pas absolus, le règlement contesté pêche par l'omission de reconnaître que ce paragraphe accorde aux appelants la priorité dans la répartition de tout surplus de poisson ainsi que l'accès en priorité à ce surplus après qu'ont été pris en considération les besoins en matière de conservation. Appliqué aux présents appels, le paragraphe 35(1) accorde aux appelants le

surplus exists. To the extent that the regulatory scheme fails to recognize this, it is inconsistent with the Constitution. Section 52 mandates a finding that such regulations are of no force and effect.

In light of this approach, the argument that the cases of *R. v. Hare and Debassige*, *supra*, and *R. v. Eninew*, *R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), stand for the proposition that s. 35(1) provides no basis for restricting the power to regulate must be rejected, as was done by the Court of Appeal below. In *Hare and Debassige*, which addressed the issue of whether the *Ontario Fishery Regulations*, C.R.C. 1978, c. 849, applied to members of an Indian Band entitled to the benefit of the Manitoulin Island Treaty which granted certain rights with respect to taking fish, Thorson J.A. emphasized the need for priority to be given to measures directed to the management and conservation of fish stocks with the following observation (at p. 17):

Since 1867 and subject to the limitations thereon imposed by the Constitution, which of course now includes s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the constitutional authority and responsibility to make laws in relation to the fisheries has rested with Parliament. Central to Parliament's responsibility has been, and continues to be, the need to provide for the proper management and conservation of our fish stocks, and the need to ensure that they are not depleted or imperilled by deleterious practices or methods of fishing.

The prohibitions found in ss. 12 and 20 of the Ontario regulations clearly serve this purpose. Accordingly, it need not be ignored by our courts that while these prohibitions place limits on the rights of all persons, they are there to serve the larger interest which all persons share in the proper management and conservation of these important resources.

In *Eninew*, Hall J.A. found, at p. 368, that "the treaty rights can be limited by such regulations as are reasonable". As we have pointed out, management and conservation of resources is indeed an important and valid legislative objective. Yet, the fact that the objective is of a "reasonable" nature cannot suffice as constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights. Rather, the regu-

droit de pêcher dans les eaux en cause pour répondre à leurs besoins alimentaires lorsqu'il existe un surplus. Dans la mesure où le règlement ne reconnaît pas cela, il est incompatible avec la Constitution. L'article 52 requiert qu'un tel règlement soit déclaré inopérant.

Compte tenu de ce point de vue, l'argument voulant que les arrêts *R. v. Hare and Debassige*, précité, et *R. v. Eninew*, *R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), établissent que le par. 35(1) ne justifie aucunement la restriction du pouvoir réglementaire doit être rejeté, comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce. Dans l'arrêt *Hare and Debassige*, où l'on aborde la question de savoir si le *Règlement de pêche de l'Ontario*, C.R.C. 1978, ch. 879, s'applique aux membres d'une bande indienne visée par le traité de l'île Manitoulin, qui est attributif de certains droits relatifs à la prise de poissons, le juge Thorson souligne la nécessité de donner la priorité aux mesures de gestion et de conservation des stocks de poisson en faisant remarquer (à la p. 17):

[TRADUCTION] Depuis 1867 et sous réserve des restrictions imposées par la Constitution qui, bien entendu, comprend maintenant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le pouvoir et la responsabilité constitutionnels de légiférer en matière de pêcheries reviennent au Parlement. La nécessité d'assurer la saine gestion et conservation de nos stocks de poisson ainsi que la nécessité de veiller à ce qu'ils ne soient réduits et que leur existence ne soit pas compromise par des pratiques ou des méthodes de pêche délétères, ont constitué, et constituent encore, des aspects fondamentaux de la responsabilité du Parlement à cet égard.

Les interdictions énoncées aux art. 12 et 20 du règlement ontarien servent manifestement cette fin. Par conséquent, il est loisible à nos tribunaux de tenir compte du fait que, si ces interdictions imposent des restrictions aux droits de tous, leur raison d'être est de servir l'intérêt plus général qu'a tout le monde à ce qu'il y ait une saine gestion et conservation de ces ressources importantes.

Dans l'arrêt *Eninew*, le juge Hall de la Cour d'appel conclut, à la p. 368, que [TRADUCTION] «les droits issus de traités peuvent être limités par une réglementation raisonnable». Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif important et régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit «raisonnable» ne saurait suffire

lations enforced pursuant to a conservation or management objective may be scrutinized according to the justificatory standard outlined above.

We acknowledge the fact that the justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. The constitutional entitlement embodied in s. 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority. The objective of this requirement is not to undermine Parliament's ability and responsibility with respect to creating and administering overall conservation and management plans regarding the salmon fishery. The objective is rather to guarantee that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut.

Nous reconnaissons que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le droit constitutionnel énoncé au par. 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité. Cette exigence ne vise pas à miner la capacité et la responsabilité du Parlement de créer et d'administrer des plans globaux de conservation et de gestion concernant la pêche au saumon. L'objectif est plutôt de garantir que ces plans réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent.

Application to this Case—Is the Net Length Restriction Valid?

The Court of Appeal below found that there was not sufficient evidence in this case to proceed with an analysis of s. 35(1) with respect to the right to fish for food. In reviewing the competing expert evidence, and recognizing that fish stock management is an uncertain science, it decided that the issues at stake in this appeal were not well adapted to being resolved at the appellate court level.

Before the trial, defence counsel advised the Crown of the intended aboriginal rights defence and that the defence would take the position that the Crown was required to prove, as part of its case, that the net length restriction was justifiable as a necessary and reasonable conservation measure. The trial judge found s. 35(1) to be inapplicable to the appellant's defence, based on his finding that no aboriginal right had been established. He therefore found it inappropriate to make findings of fact with respect to either an infringement of the aboriginal right to fish or the justification of such an infringement. He did, however, find that the evidence called by the appellant "[c]asts some doubt as to whether the restriction was necessary as a conservation measure. More particularly, it suggests that there were more appropriate measures that could have been taken if necessary; measures that would not impose such a hardship on the Indians fishing for food. That case was not fully met by the Crown."

According to the Court of Appeal, the findings of fact were insufficient to lead to an acquittal. There was no more evidence before this Court. We also would order a re-trial which would allow findings of fact according to the tests set out in these reasons.

The appellant would bear the burden of showing that the net length restriction constituted a *prima facie* infringement of the collective aboriginal right

Application à la présente affaire—La limitation de la longueur des filets est-elle valide?

La Cour d'appel a conclu en l'espèce à l'absence d'éléments de preuve suffisants pour permettre de procéder à une analyse du par. 35(1) dans le contexte du droit de pêcher à des fins de subsistance. Après avoir examiné les témoignages contradictoires des experts et reconnaissant que la gestion des stocks de poisson est une science approximative, on a jugé que les questions en litige se prêtaient mal à une décision d'une cour d'appel.

Avant le procès, l'avocat de la défense a prévenu le ministère public de son intention d'invoquer les droits ancestraux comme moyen de défense et lui a fait savoir que la position de la défense serait qu'il incombait au ministère public de prouver que la restriction imposée quant à la longueur des filets était justifiable à titre de mesure de conservation nécessaire et raisonnable. Le juge de première instance a décidé que le par. 35(1) était inapplicable au moyen de défense soulevé par l'appelant, vu sa conclusion qu'on n'avait pas établi l'existence d'un droit ancestral. Il a en conséquence décidé qu'il ne convenait pas de tirer des conclusions de fait relativement à une atteinte possible au droit de pêche ancestral ou à la justification d'une telle atteinte. Il a toutefois estimé que la preuve produite par l'appelant [TRADUCTION] «[l]aisse planer des doutes quant à savoir si la restriction s'imposait à titre de mesure de conservation. Plus particulièrement, elle laisse entendre qu'il existait des mesures plus appropriées qui auraient pu être prises au besoin, des mesures qui seraient moins rigoureuses pour les Indiens qui pêchent à des fins de subsistance. C'est là une preuve qui n'a pas été pleinement réfutée par le ministère public.»

D'après la Cour d'appel, les conclusions de fait étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Il n'y avait pas plus d'éléments de preuve devant notre Cour. Nous sommes également d'avis d'ordonner un nouveau procès qui permettrait de tirer des conclusions de fait conformément aux critères énoncés dans les présents motifs.

Il incomberait à l'appelant de démontrer que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit

to fish for food. If an infringement were found, the onus would shift to the Crown which would have to demonstrate that the regulation is justifiable. To that end, the Crown would have to show that there is no underlying unconstitutional objective such as shifting more of the resource to a user group that ranks below the Musqueam. Further, it would have to show that the regulation sought to be imposed is required to accomplish the needed limitation. In trying to show that the restriction is necessary in the circumstances of the Fraser River fishery, the Crown could use facts pertaining to fishing by other Fraser River Indians.

In conclusion, we would dismiss the appeal and the cross-appeal and affirm the Court of Appeal's setting aside of the conviction. We would accordingly affirm the order for a new trial on the questions of infringement and whether any infringement is nonetheless consistent with s. 35(1), in accordance with the interpretation set out here.

For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Answer This question will have to be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance. Si on concluait à l'existence d'une atteinte, le fardeau de la preuve passerait au ministère public qui devrait alors démontrer que le règlement est justifiable. Pour ce faire, il lui faudrait prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent, comme celui d'attribuer une part plus importante de la ressource en question à un groupe d'utilisateurs qui prend rang après les Musqueams. Il lui faudrait en outre démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise. En tentant d'établir que cette restriction s'imposait dans les circonstances de la pêche sur le fleuve Fraser, le ministère public pourrait se servir de faits relatifs à la pêche par d'autres Indiens du fleuve Fraser.

En conclusion, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et de confirmer l'annulation de la déclaration de culpabilité, prononcée par la Cour d'appel. En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer l'ordonnance de nouveau procès quant à la question de l'atteinte et à celle de savoir si une atteinte est néanmoins compatible avec le par. 35(1), conformément à l'interprétation exposée dans les présents motifs.

Pour les motifs que nous venons d'exposer, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse Cette question devra être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Procureurs de l'appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.

Solicitors for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitors for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.

Solicitors for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union: Rankin & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Deputy Attorney General, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations: Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés: Rankin & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

IN THE MATTER OF *The Constitutional Questions Act*, being chapter C180, C.C.S.M.

and

IN THE MATTER OF A REFERENCE pursuant thereto by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal for Manitoba for hearing and consideration of questions relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982* and the *Criminal Code of Canada*, being chapter C-51, and sections 193 and 195.1(1)(c) thereof

and

Jeffrey J. Gindin, on behalf of the Contradictor appointed by Order of the Chief Justice of Manitoba, and Mary-Jane Bennett, on behalf of Darlene Kent, added as Contradictor by Order of the Chief Justice of Manitoba *Appellants*

v.

**The Attorney General of Manitoba
*Respondent***

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of British Columbia and the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes
*Intervenors***

INDEXED AS: REFERENCE RE SS. 193 AND 195.1(1)(C) OF THE *CRIMINAL CODE* (MAN.)

File No.: 20581.

1988: December 1, 2; 1990: May 31.

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

* McIntyre J. took no part in the judgment.

DANS L'AFFAIRE DE la *Loi sur les questions constitutionnelles*, chapitre C180, C.P.L.M.

a et

DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI du lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel du Manitoba pour qu'elle donne un avis sur des questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et au *Code criminel* du Canada, chapitre C-51, article 193 et l'alinéa 195.1(1)c

c

et

**Jeffrey J. Gindin, au nom de l'opposant nommé par ordonnance du Juge en chef du Manitoba, et Mary-Jane Bennett, au nom de Darlene Kent, ajoutée comme opposante par ordonnance du Juge en chef du Manitoba
*Appellants***

d.

Le procureur général du Manitoba *Intimé*

f

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Colombie-Britannique et l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées
*Intervenants***

h

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À L'ART. 193 ET À L'AL. 195.1(1)(C) DU *CODE CRIMINEL* (MAN.)

i N° du greffe: 20581.

1988: 1^{er}, 2 décembre; 1990: 31 mai.

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

j

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) infringe s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 7 protects economic rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Prostitution — Keeping common bawdy-house — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses — Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

The Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred to the Court of Appeal of that province several constitutional questions to determine whether s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, or a combination of both, violates s. 2(b) or s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, if so, whether either one or a combination of both can be justified under s. 1 of the *Charter*. Section 193 prohibits the keeping of a common bawdy-house and s. 195.1(1)(c) prohibits a person from communicating or attempting to communicate with any person in a public place for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute. The Court of Appeal answered that s. 193 or s. 195.1(1)(c), or a combination of both, was not inconsistent with s. 2(b) or s. 7 of the *Charter*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code sont-ils d'une imprécision inacceptable? — Les articles 193 et 195.1(1)(c) portent-ils atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)(c) à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 7 protège-t-il des droits économiques?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code portent-ils atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)(c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Prostitution — Tenue d'une maison de débauche — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche — Les articles 193 et 195.1(1)(c) du Code portent-ils atteinte aux art. 2b) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)(c) aux art. 2b) et 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis, par renvoi, à la Cour d'appel de cette province plusieurs questions constitutionnelles pour déterminer si l'art. 193 ou l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* ou leur effet combiné viole l'al. 2b) ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et, le cas échéant, si l'une de ces dispositions ou la combinaison des deux peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 193 interdit la tenue d'une maison de débauche et l'al. 195.1(1)(c) interdit à une personne de communiquer ou de tenter de communiquer avec une personne dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre. La Cour d'appel a répondu que ni l'art. 193 ni l'al. 195.1(1)(c) ni la combinaison des deux n'étaient incompatibles avec l'al. 2b) ou l'art. 7 de la *Charte*.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 193 of the *Code*, separately or in combination with s. 195.1(1)(c), is not inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) of the *Code* is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter* but is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Sections 193 and 195.1(1)(c), separately or in combination, are not inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ.: Section 195.1(1)(c) of the *Code*, but not s. 193, represents a *prima facie* infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The scope of freedom of expression does extend to the activity of communication for the purpose of engaging in prostitution.

The limits on freedom of expression imposed by s. 195.1(1)(c) of the *Code* are justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. These include street congestion, noise, harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. The legislation, however, does not attempt, at least in any direct manner, to address the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. The elimination of street solicitation and the social nuisance which it creates is a government objective of sufficient importance to justify a limitation on the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

Further, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. Communications regarding an economic transaction of sex for money do not lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression. Considering the nature of the expression and the nature of the infringing legislation, the means embodied in s. 195.1(1)(c) of the *Code* are appropriately tailored to meet the government's objective. First, there is a rational connection between the impugned legislation and the prevention of the social nuisance associated with the public display of the sale of sex. Second, s. 195.1(1)(c) is not unduly intrusive. Although s. 195.1(1)(c) is not confined to places where there will necessarily be many people who will be offended by street solicitation, the section is not overly broad because the objective of the provision is not restricted to the control of actual disturbances or nui-

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté. L'article 193 du *Code*, séparément ou combiné à l'al. 195.1(1)(c), n'est pas incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* est incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*, mais est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 193 et l'al. 195.1(1)(c), séparément ou combinés, ne sont pas incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka: L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* constitue une violation *prima facie* de l'al. 2b) de la *Charte*, mais non l'art. 193. La portée de la liberté d'expression s'étend aux activités de communication en vue de se livrer à la prostitution.

Les limites imposées à la liberté d'expression par l'al. 195.1(1)(c) du *Code* sont justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 195.1(1)(c) vise à empêcher que la sollicitation en vue de la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels. Ces nuisances comprennent l'encombrement des rues, le bruit, le harcèlement de ceux qui ne participent pas à la sollicitation et divers effets généralement néfastes sur les passants ou les spectateurs, particulièrement les enfants. Cependant, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de régler les problèmes de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination de la femme qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. La suppression de la sollicitation de rue et de la nuisance sociale qu'elle crée est un objectif législatif suffisamment important pour justifier une limite à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

En outre, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. Les communications relatives à l'opération commerciale d'échange de services sexuels pour de l'argent ne relèvent pas, ni même ne se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression. Compte tenu de la nature de l'expression et de la nature de la disposition contestée, les mesures contenues à l'al. 195.1(1)(c) du *Code* sont bien adaptées pour répondre à l'objectif du gouvernement. Premièrement, il y a un lien rationnel entre la disposition législative contestée et la prévention de la nuisance sociale associée à l'étalage en public de la vente de services sexuels. Deuxièmement, l'al. 195.1(1)(c) n'est pas trop intrusif. Bien que l'al. 195.1(1)(c) ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement de nombreuses personnes qui seront choquées par la sollicitation de rue, la disposition n'a pas

sances but extends to the general curtailment of visible solicitation for the purposes of prostitution. Also, the definition of communication may be wide but the courts are capable of restricting the meaning of "communication" in its context by reference to the purpose of the impugned legislation. Third, the effects of the legislation on freedom of expression are not so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. The curtailment of street solicitation is in keeping with the interests of many in our society for whom the nuisance-related aspects of solicitation constitute serious problems. A legislative scheme aimed at street solicitation must be, in view of this Court's decision in *Westendorp*, of a criminal nature.

Given the possibility of imprisonment contemplated by ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Code*, these sections, separately or in combination, clearly infringe the right to liberty of the person included in s. 7 of the *Charter*, but such infringement is effected in accordance with the principles of fundamental justice. While vagueness should be recognized as contrary to the principles of fundamental justice, ss. 193 and 195.1(1)(c) are not so vague as to violate the requirement that the criminal law be clear. The terms "prostitution", "keeps" a bawdy-house, "communicate" and "attempts to communicate" are not so imprecise, given the benefit of judicial interpretation, that their meaning is impossible to discern in advance. Further, the fact that street solicitation is criminalized while prostitution *per se* remains legal does not offend the basic tenets of our legal system. Unless or until this Court is faced with the direct question of Parliament's competence to criminalize prostitution, nothing prohibits Parliament from using the criminal law to express society's disapprobation of street solicitation.

Per Lamer J.: Section 195.1(1)(c) of the *Code* restricts freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Section 2(b) protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed. Most forms of expression are protected as well and the mere fact that a form has been criminalized does not take it beyond the reach of *Charter* protection. Only activities which convey a meaning or a message through a violent form of expression that directly attacks the physical liberty and integrity of another person would not be protected by s. 2(b). Where, as in this case, an activity conveys or attempts to

une portée trop large parce que son objectif ne se restreint pas au contrôle des troubles ou des nuisances réels, mais s'étend à la diminution générale de la sollicitation visible aux fins de la prostitution. De plus, la définition de la communication peut être large, mais les tribunaux sont capables de restreindre le sens du terme «communication» dans son contexte en tenant compte de l'objet de la disposition législative contestée. Troisièmement, les effets de la loi sur la liberté d'expression ne sont pas si sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. La restriction de la sollicitation de rue est conforme aux intérêts d'une large part de notre société pour qui les éléments de nuisance de la sollicitation constituent des problèmes graves. Un régime législatif qui vise la sollicitation de rue doit être de nature criminelle en raison de l'arrêt *Westendorp* de notre Cour.

Étant donné la peine d'emprisonnement possible prévue par l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c) du *Code*, ces dispositions, séparément ou combinées, portent clairement atteinte au droit à la liberté de la personne prévu à l'art. 7 de la *Charte*, mais cette violation est conforme aux principes de justice fondamentale. Bien que l'imprécision doive être reconnue comme contraire aux principes de justice fondamentale, l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c) ne sont pas imprécis au point de violer l'exigence de clarté du droit criminel. Les termes «prostitution», «tient» une maison de débauche, «communique» et «tente de communiquer» ne sont pas si imprécis qu'il soit impossible d'en comprendre le sens à l'avance, étant donné l'interprétation judiciaire dont nous bénéficions. De plus, le fait que la sollicitation de rue soit criminalisée alors que la prostitution en soi demeure légale ne porte pas atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. Tant qu'on ne demandera pas directement à notre Cour de se prononcer sur la compétence du Parlement pour criminaliser la prostitution, rien n'empêche le Parlement d'utiliser le droit criminel pour manifester la désapprobation de la société à l'égard de la sollicitation de rue.

Le juge Lamer: L'alinéa 195.1(1)c) du *Code* restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. L'alinéa 2b) protège tout le contenu de l'expression sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. De même, la plupart des formes d'expression sont protégées et le simple fait qu'une forme d'expression soit criminalisée ne l'exclut pas de la portée de la protection de la *Charte*. Seules des activités qui transmettent une signification ou un message sous une forme d'expression violente qui porte directement atteinte à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne ne seraient pas protégées par l'al. 2b). Lorsque,

convey a meaning or message through a non-violent form of expression, this activity falls within the sphere of conduct protected by s. 2(b). The government's purpose in enacting s. 195.1(1)(c) was to prohibit a particular content of expression and to prohibit access to the message sought to be conveyed. Section 195.1(1)(c) therefore imposed a limit on s. 2(b). In respect of s. 193 of the *Code*, since the appellants argued that s. 2(b) was violated by the combination of ss. 193 and 195.1(1)(c), there is no need to rely on s. 193 to reach the conclusion that a freedom under the *Charter* has been restricted.

Section 195.1(1)(c) of the *Code* constitutes a reasonable limit upon freedom of expression. The section was designed to prevent the nuisances caused by the public solicitation of prostitutes and their customers, including traffic congestion and general street disorder; to restrict the criminal activities related to prostitution such as possession and trafficking of drugs, violence and pimping; and also to control prostitution by minimizing the exposure to street solicitation of uninterested individuals, especially the young girls who could be lured into prostitution, an activity degrading to women, exploitive and, in some cases, dangerous. These legislative objectives are of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter* to justify limiting freedom of expression. The means chosen by the government are also proportional to the objectives. First, the scheme set out in s. 195.1(1)(c) of the *Code* is rationally connected to the legislative objectives of curbing nuisances and related criminal activities associated with public solicitation for the purpose of prostitution. Second, s. 195.1(1)(c) interferes as little as possible with freedom of expression. While s. 195.1(1)(c) applies to all forms of communication, it is limited to communications made in public for the purpose of prostitution. This link between place and purpose in the legislation is reflective of the tailoring of the means used to the legislative objective of preventing the mischief that is produced by the public solicitation of sexual services. Parliament was faced with a myriad of views and options from which to choose of dealing with the problem of street solicitation for the purpose of prostitution and it is not the role of this Court to second-guess the wisdom of policy choices made by the legislator. Third, when one weighs the nature of the legislative objectives against the extent of the restriction on the freedom of expression, there is no disproportionality between the effects of s. 195.1(1)(c) and its objectives.

comme en l'espèce, une activité transmet ou tente de transmettre une signification ou un message par une forme d'expression non violente, cette activité relève de la sphère des conduites protégées par l'al. 2b). En adoptant l'al. 195.1(1)c), l'objectif du gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'expression et d'interdire l'accès au message que l'on tente de transmettre. L'alinéa 195.1(1)c) impose donc une limite à l'al. 2b). En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, puisque les appelants ont soutenu que l'al. 2b) était violé par l'effet combiné de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c), il n'est pas nécessaire de faire intervenir l'art. 193 pour conclure qu'on a restreint une liberté garantie par la *Charte*.

L'alinéa 195.1(1)c) du *Code* est une limite raisonnable à la liberté d'expression. La disposition avait pour but de prévenir les nuisances qu'entraîne la sollicitation dans un endroit public entre les prostitués et leurs clients, y compris les problèmes de circulation et de désordre général dans les rues; de restreindre les activités criminelles connexes, comme la possession et le trafic de stupéfiants, la violence et les activités des souteneurs; et, de plus, de contrôler la prostitution en réduisant l'étalage de la sollicitation de rue à la vue de personnes qui ne sont pas intéressées, et en particulier de jeunes filles qui pourraient être incitées à se livrer à la prostitution, une activité dégradante, comportant un aspect d'exploitation, et dans certains cas dangereuse. Ces objectifs législatifs sont suffisamment importants aux fins de l'article premier de la *Charte* pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Les mesures choisies par le gouvernement sont également proportionnées aux objectifs. Premièrement, le régime établi à l'al. 195.1(1)c) du *Code* a un lien rationnel avec les objectifs législatifs qui consistent à réduire les nuisances et les activités criminelles connexes associées à la sollicitation en public à des fins de prostitution. Deuxièmement, l'al. 195.1(1)c) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Bien que l'al. 195.1(1)c) s'applique à toutes les formes de communication, il est restreint aux communications effectuées en public aux fins de la prostitution. Ce lien dans la loi entre l'endroit et l'objet montre que l'on a adapté les moyens utilisés à l'objectif législatif qui consiste à prévenir le méfait causé par la sollicitation publique de services sexuels. Le Parlement avait à sa disposition une multitude d'opinions et d'options pour s'attaquer au problème de la sollicitation de rue à des fins de prostitution et il n'appartient pas à cette Cour d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur. Troisièmement, lorsque l'on soupèse la nature des objectifs législatifs en regard de l'étendue de la restriction à la liberté d'expression, il y a proportionnalité entre les effets de l'al. 195.1(1)c) et ses objectifs.

Sections 193 and 195.1(1)(c) of the *Code* do not infringe s. 7 of the *Charter*. While these sections have the potential to deprive one of liberty and security of the person upon conviction, they are not so vague as to offend the principles of fundamental justice. In neither case can it be said that fair notice of what is proscribed is not given to citizens. Courts in the past have been able to give sensible meaning to the terms used in these sections and have applied them without difficulty. This is indicative of an ascertainable standard of conduct. The discretion of law enforcement officials is thus sufficiently limited by the explicit legislative standards set out in the sections.

While prostitution is not illegal in Canada, ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Code* do not infringe prostitutes' right to liberty in not allowing them to exercise their chosen profession, or their right to security of the person in not permitting them to exercise their profession in order to provide the basic necessities of life. The rights to liberty and security of the person included in s. 7 of the *Charter* do not encompass the right to exercise a chosen profession. Section 7, like the rest of the *Charter*, with the possible exception of s. 6(2)(b) and (4), does not concern itself with economic rights. Section 7 is mainly concerned with the restrictions on liberty and security of the person which occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. Section 7 is implicated: when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances; when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity; and, finally, when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance. A generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals is achieved without the incorporation of other rights and freedoms in the *Charter* within s. 7.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): Section 195.1(1)(c) of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Commercial expression is protected by s. 2(b) and s. 195.1(1)(c) prohibits persons from communicating for an economic purpose—namely, the sale of sexual services. Where, as in this case, the state is concerned about the harmful consequences that flow from communicative activity with an economic purpose and

L'article 193 et l'al. 195.1(1)(c) du *Code* ne portent pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que ces dispositions puissent éventuellement priver un individu de sa liberté et de la sécurité de sa personne, sur déclaration de culpabilité, elles ne sont pas imprécises au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans les deux cas, on ne peut dire que les citoyens ne sont pas raisonnablement prévenus de ce qui est interdit. Les tribunaux ont pu donner antérieurement un sens raisonnable aux termes des articles et les ont appliqués sans difficulté. Cela indique qu'il existe une norme de conduite que l'on peut vérifier. Le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi est donc suffisamment limité par les normes législatives explicites formulées dans les articles.

Bien que la prostitution ne soit pas illégale au Canada, l'art. 193 et l'al. 195.1(1)(c) du *Code* ne portent pas atteinte au droit des prostituées à la liberté en ne leur permettant pas d'exercer la profession de leur choix, ni à leur droit à la sécurité de la personne en ne leur permettant pas d'exercer leur profession pour se procurer les nécessités essentielles de la vie. Les droits à la liberté et à la sécurité de la personne prévus à l'art. 7 de la *Charte* ne comprennent pas le droit à l'exercice de la profession de son choix. L'article 7, comme le reste de la *Charte*, sous réserve peut-être de l'exception de l'al. 6(2)(b) et du par. (4), ne porte pas sur les droits économiques. L'article 7 vise principalement les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui découlent des rapports entre un individu et le système judiciaire et son administration. L'article 7 entre en jeu: lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit; lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que celle-ci exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle; et finalement lorsque l'État, directement ou par l'intermédiaire de ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violations. On peut parvenir à une interprétation généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits à l'art. 7.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*. L'expression commerciale est protégée par l'al. 2b) et l'al. 195.1(1)(c) interdit à des personnes de communiquer dans un but économique—à savoir, la vente de services sexuels. Lorsque, comme en l'espèce, l'État se préoccupe des conséquences nuisibles qui découlent de l'activité communicatrice qui comporte un objet économique et

where, rather than address those consequences directly, the legislature simply proscribes the content of communicative activity, the provision, if it is to be upheld, must be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Section 193 of the *Code*, either on its own or in combination with s. 195.1(1)(c), does not infringe the guarantee of freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. The word "expression" in s. 2(b) is not so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house.

Section 195.1(1)(c) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) was not designed to criminalize prostitution *per se* or to stamp out all the ills and vices that flow from prostitution such as drug addiction or juvenile prostitution. The legislation was designed only to deal with the social nuisance arising from the public display of the sale of sex. The high visibility of this activity is offensive and has harmful effects on those compelled to witness it, especially children. While the legislative objective is sufficiently important to warrant overriding a constitutional freedom, s. 195.1(1)(c) fails to meet the proportionality test. The measures are rationally connected to the prevention of public nuisance caused by street solicitation, but s. 195.1(1)(c) is not sufficiently tailored to the objective and constitutes a more serious impairment of the individual's freedom than the avowed legislative objective would warrant. The prohibition is not confined to places where there will necessarily be lots of people to be offended or inconvenienced by it, and no nuisance or adverse impact of any kind on other people need be shown, or even be shown to be a possibility, in order that the offence be complete. Further, the broad scope of the phrase "in any manner communicates or attempts to communicate" seems to encompass every conceivable method of human expression. Some definitional limits would appear to be desirable in any activity labelled as criminal. To render criminal the communicative acts of persons engaged in a lawful activity which is not shown to be harming anybody cannot be justified by the legislative objective advanced in its support.

Sections 193 and 195.1(1)(c) of the *Code* infringe the right to liberty of the person in s. 7 of the *Charter* because a person convicted under these sections faces a possible prison sentence. But ss. 193 and 195.1(1)(c) are not so vague as to fail to accord with the principles of fundamental justice. These sections, read on their own

lorsque, au lieu de traiter directement de ces conséquences, le législateur a simplement interdit le contenu de l'activité de communication, la disposition, pour être maintenue, doit être justifiée comme limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

^a L'article 193 du *Code*, seul ou combiné avec l'al. 195.1(1)(c), ne porte pas atteinte à la garantie de la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et ^b n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Le terme «expression» à l'al. 2b) n'est pas assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche.

^c L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 195.1(1)(c) n'a pas pour but de criminaliser la prostitution en soi ni d'enrayer tous les maux qui découlent de la prostitution, comme la toxicomanie ou la prostitution juvénile. La loi vise seulement la nuisance sociale qui ^d découle de l'étalage en public de la vente de services sexuels. La grande visibilité de ces activités est offensive et comporte des effets néfastes pour ceux qui en sont les témoins inévitables, particulièrement les enfants. Bien que l'objectif législatif soit suffisamment important ^e pour justifier une atteinte à une liberté constitutionnelle, l'al. 195.1(1)(c) ne satisfait pas au critère de proportionnalité. Les mesures ont un lien rationnel avec la prévention de la nuisance publique causée par la sollicitation de rue, mais l'al. 195.1(1)(c) n'est pas suffisamment ^f adapté à l'objectif et constitue une violation plus grave de la liberté individuelle que ne pourrait justifier l'objet déclaré du législateur. L'interdiction ne se limite pas aux ^g endroits où il y aura nécessairement beaucoup de gens qui seront choqués ou gênés par la communication, et il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence ou la possibilité d'existence d'une nuisance ou d'un effet néfaste quelconque pour établir l'infraction. En outre, la large portée de l'expression «de quelque manière que ce soit communique ou tente de communiquer» semble englober ^h tout mode concevable d'expression humaine. Il serait souhaitable d'apporter certaines limites à la définition lorsqu'une activité est dite criminelle. Criminaliser les activités de communication de personnes qui exercent une activité légale ne causant de tort à personne ne peut ⁱ se justifier par l'objectif que le législateur invoque à l'appui de la disposition.

L'article 193 et l'al. 195.1(1)(c) du *Code* portent atteinte au droit à la liberté de la personne prévu à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'une personne qui est déclarée coupable en vertu de ces dispositions peut être emprisonnée. Mais l'article 193 et l'al. 195.1(1)(c) ne sont pas imprécis au point de ne pas être conformes aux principes

or together, do not violate the requirement that the criminal law be clear. Courts have been called upon to interpret some of the terms used in these sections, but courts are regularly called upon to resolve ambiguities in legislation. This does not necessarily make such legislation vulnerable to constitutional attack.

However, where a law infringes the right to liberty under s. 7 in a way that also infringes another constitutionally entrenched right (which infringement is not saved by s. 1), such law cannot be said to accord with the principles of fundamental justice. All the guarantees contained in the *Charter* are "basic tenets of our legal system" and required to be protected by the judiciary. Section 195.1(1)(c) which violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) and infringes the right to liberty in s. 7, must be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Section 193 does not violate s. 2(b) and, while s. 193 infringes a person's right to liberty through the threat of imprisonment, absent the infringement of some other *Charter* guarantee, this particular deprivation of liberty does not violate a principle of fundamental justice. Nor are ss. 193 and 195.1(1)(c) so intimately linked as to be part of a single legislative scheme enabling one to say that because part of the scheme violates a principle of fundamental justice the whole scheme violates that principle.

Section 195.1(1)(c) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. Curbing the public nuisance caused by street solicitation is a legislative objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 and the measures are rationally connected to the objective. But to imprison people for exercising their constitutionally protected freedom of expression, even if they are exercising it for purposes of prostitution, is not a proportionate way of dealing with the objective. Where communication is a lawful activity and prostitution is also a lawful activity, the legislative response of imprisonment is far too drastic.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43.

de justice fondamentale. Ces dispositions, prises individuellement ou ensemble, ne violent pas l'exigence d'une formulation claire du droit criminel. Les tribunaux ont été appelés à interpréter certaines des expressions utilisées dans ces dispositions et sont souvent appelés à se prononcer sur les ambiguïtés de la loi. Cela ne signifie pas nécessairement que la constitutionnalité de la loi peut être contestée.

Cependant, lorsqu'une loi porte atteinte au droit à la liberté de l'art. 7 d'une façon qui porte également atteinte à un autre droit consacré par la Constitution (quand cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier), on ne peut dire que cette loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Toutes les garanties contenues dans la *Charte* sont des «précipets fondamentaux de notre système juridique» et doivent être protégées par le système judiciaire. L'alinéa 195.1(1)(c) qui viole la garantie de la liberté d'expression de l'al. 2b) et qui viole le droit à la liberté de l'art. 7 doit être justifié comme limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 193 ne viole pas l'al. 2b) et bien que l'art. 193 viole le droit à la liberté en raison de la menace d'emprisonnement, indépendamment de la violation d'autres garanties de la *Charte*, cette privation de liberté particulière ne viole pas un principe de justice fondamentale. L'article 193 et l'al. 195.1(1)(c) ne sont pas non plus si intimement liés qu'ils constituent un régime législatif unique de sorte que l'on puisse affirmer que parce qu'une partie de ce régime viole un principe de justice fondamentale le régime en entier viole ce principe.

L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. La réduction de la nuisance publique causée par la sollicitation de rue est un objectif législatif suffisamment important aux fins de l'article premier et les mesures ont un lien rationnel avec l'objectif. Mais l'emprisonnement de personnes parce qu'elles exercent leur liberté d'expression protégée par la Constitution, même si elles l'exercent en vue de la prostitution, n'est pas un moyen proportionné de traiter le problème. Lorsque la communication est une activité légale et lorsque la prostitution est également une activité légale, l'emprisonnement est une réaction beaucoup trop draconienne de la part du législateur.

i Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43.

By Lamer J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **distinguished:** *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421 (1952); *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963); **referred to:** *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. v. Skinner* (1987), 79 N.S.R. (2d) 8; *R. v. Jahelka*; *R. v. Stagnitta* (1987), 36 C.C.C. (3d) 105; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs & Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 52 O.R. (2d) 449; *R. v. Robson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 137; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, rev'g (1985), 52 O.R. (2d) 353; *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124; *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543; *R. v. Woszczyna* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221; *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Ikeda and Widjaja* (1978), 42 C.C.C. (2d) 195; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635; *R. v. Edwards and Pine* (1986), 32 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Hislop* (1980), 5 W.C.B. 124; *R. v. McLean* (1986), 52 C.R. (3d) 262; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 F.C. 274; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R.V.P. Enterprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs)*, [1988] 4 W.W.R. 726; *Whitbread v. Walley* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203; *R. v. Quesnel* (1985), 53 O.R. (2d) 338; *Re Bassett and Government of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537; *Wilson v. Medical Services Commission* (1988), 30 B.C.L.R. (2d)

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **distinction d'avec les arrêts:** *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421 (1952); *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963); **arrêts mentionnés:** *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. v. Skinner* (1987), 79 N.S.R. (2d) 8; *R. v. Jahelka*; *R. v. Stagnitta* (1987), 36 C.C.C. (3d) 105; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 52 O.R. (2d) 449; *R. v. Robson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 137; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, inf. (1985), 52 O.R. (2d) 353; *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124; *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543; *R. v. Woszczyna* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221; *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241; *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Ikeda and Widjaja* (1978), 42 C.C.C. (2d) 195; *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270; *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635; *R. v. Edwards and Pine* (1986), 32 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Hislop* (1980), 5 W.C.B. 124; *R. v. McLean* (1986), 52 C.R. (3d) 262; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 C.F. 274; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R.V.P. Enterprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs)*, [1988] 4 W.W.R. 726; *Whitbread v. Walley* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203; *R. v. Quesnel* (1985), 53 O.R. (2d) 338; *Re Bassett and Government of Canada* (1987), 35 D.L.R. (4th) 537; *Wilson v. Medical Services Commission* (1988), 30

1; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; P.C.I.J., *Danzig Legislative Decrees* case, Advisory Opinion of December 4th, 1935, Series A/B No. 65, p. 41.

By Wilson J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Cohen*, [1939] S.C.R. 212; *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (prostitution), S.C. 1985, c. 50, ss. 1, 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 to 14.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
 Constitution of the United States, Amendment XIV.
Constitutional Questions Act, C.C.S.M., c. C180.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), (c), 22 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 7], 51, 53, 59, 63, 83 [am. *idem*, s. 186 (Sch. IV, item 1)], 113, 131 [rep. & sub. *idem*, s. 17], 136 [am. *idem*, s. 18], 140 [rep. & sub. *idem*, s. 19], 143, 163, 168, 175, 241, 264.1 [ad. *idem*, s. 38], 296, 301, 318, 319, 380(1) [am. *idem*, s. 54], 408, 423, 464 [rep. & sub. *idem*, s. 60], 465 [am. *idem*, s. 61].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 116 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 5], 175(1)(c) [rep. 1972, c. 13, s. 12], 179 [am. 1972, c. 13, s. 13; am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 11], 193, 195.1(1)(c) [ad. 1972, c. 13, s. 15; rep. & sub. 1985, c. 50, s. 1], 666.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 (1950), Art. 7(1).

B.C.L.R. (2d) 1; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; C.P.I.J., *affaire des Décrets-lois dantzikois*, avis consultatif du 4 décembre 1935, série A/B n° 65, p. 41.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Cohen*, [1939] R.C.S. 212; *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), 7, 8 à 14.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1)(b), (c), 22 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} supp.), art. 7], 51, 53, 59, 63, 83 [mod. *idem*, art. 186 (ann. IV, n° 1)], 113, 131 [abr. & rempl. *idem*, art. 17], 136 [mod. *idem*, art. 18], 140 [abr. & rempl. *idem*, art. 19], 143, 163, 168, 175, 241, 264.1 [aj. *idem*, art. 38], 296, 301, 318, 319, 380(1) [mod. *idem*, art. 54], 408, 423, 464 [abr. & rempl. *idem*, art. 60], 465 [mod. *idem*, art. 61].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 116 [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 5], 175(1)(c) [abr. 1972, ch. 13, art. 12], 179 [mod. 1972, ch. 13, art. 13; mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 11], 193, 195.1(1)(c) [aj. 1972, ch. 13, art. 15; abr. & rempl. 1985, ch. 50, art. 1], 666.
 Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 (1950), Art. 7(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel (prostitution), S.C. 1985, ch. 50, art. 1, 2.
Loi sur les questions constitutionnelles, C.P.L.M., ch. C180.

Authors Cited

- Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: Law Reform Commission, 1987.
- Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*: report of the Special Committee on Pornography and Prostitution. Ottawa: The Committee, 1985.
- Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
- Debates of the Houses of Commons*, 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985, vol. V, p. 6374.
- Ontario. Advisory Council on the Status of Women. *Pornography and Prostitution*, 1984.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. New York: Cambridge University Press, 1982.
- Symons, Julian. "Orwell's Prophecies: The Limits of Liberty and the Limits of Law" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 115.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Sixteenth Report, *Prostitution in the Street*, Cmnd 9329. London: Her Majesty's Stationery Office, 1984.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 49 Man. R. (2d) 1, [1987] 6 W.W.R. 289, 38 C.C.C. (3d) 408, 60 C.R. (3d) 216, on a reference made pursuant to *The Constitutional Questions Act*. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

J. J. Gindin, Mary-Jane Bennett and Dave Phillips, for the appellants.

V. E. Toews and Donna J. Miller, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gale Welsh, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

Doctrines citées

- Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*: rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. Ottawa: Le Comité, 1985.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1987.
- Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
- Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} Sess., 33^e Parl., 34 Eliz. II, 1985, vol. V, p. 6374.
- Ontario. Advisory Council on the Status of Women. *Pornography and Prostitution*, 1984.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. New York: Cambridge University Press, 1982.
- Symons, Julian. «Orwell's Prophecies: The Limits of Liberty and the Limits of Law» (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 115.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.
- United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Sixteenth Report, *Prostitution in the Street*, Cmnd 9329. London: Her Majesty's Stationery Office, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 49 Man. R. (2d) 1, [1987] 6 W.W.R. 289, 38 C.C.C. (3d) 408, 60 C.R. (3d) 216, concernant un renvoi en application de la *Loi sur les questions constitutionnelles*. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

J. J. Gindin, Mary-Jane Bennett et Dave Phillips, pour les appelants.

V. E. Toews et Donna J. Miller, pour l'intimé.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Sopinka J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justice Lamer and Justice Wilson. I agree, for the reasons given by Wilson J., that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, represents a *prima facie* infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, while s. 193 does not. In my view, the scope of freedom of expression does extend to the activity of communication for the purpose of engaging in prostitution. With respect, however, I disagree with the conclusion reached by Wilson J. that this *prima facie* infringement is not justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. On this issue, I reach the same conclusion as Lamer J., but prefer to rest my conclusion on an analysis which differs from that of my colleague.

The first step in the analysis, established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to assess the justification pursuant to s. 1 for a *Charter* violation is to characterize the legislative objective of the impugned provision. Like Wilson J., I would characterize the legislative objective of s. 195.1(1)(c) in the following manner: the provision is meant to address solicitation in public places and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. My colleague Lamer J. finds that s. 195.1(1)(c) is truly directed towards curbing the exposure of prostitution and related violence, drugs and crime to potentially vulnerable young people, and towards eliminating the victimization and economic disadvantage that prostitution, and especially street soliciting, represents for women. I do not share the view that the legislative objective can be characterized so broadly. In prohibiting sales of sexual services in public, the legislation does not attempt, at least in any direct manner, to address

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenante l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE EN CHEF—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, les juges Lamer et Wilson. Pour les motifs exprimés par le juge Wilson, je suis d'accord que l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, constitue une violation *prima facie* de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* alors que l'art. 193 n'y porte pas atteinte. À mon avis, la portée de la liberté d'expression s'étend aux activités de communication en vue de se livrer à la prostitution. Avec égards cependant, je ne partage pas la conclusion du juge Wilson que cette violation *prima facie* ne se justifie pas en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Sur cette question, je parviens à la même conclusion que le juge Lamer mais je préfère l'appuyer sur une analyse différente de celle de mon collègue.

La première étape de l'analyse, établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pour déterminer si la violation de la *Charte* se justifie en vertu de l'article premier est de qualifier l'objectif législatif de la disposition contestée. Comme le juge Wilson, je suis d'avis de qualifier l'objectif législatif de l'al. 195.1(1)c) de la façon suivante: la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels. Mon collègue le juge Lamer conclut que l'al. 195.1(1)c) vise en réalité à empêcher que de jeunes personnes vraisemblablement vulnérables soient exposés à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime qui l'accompagnent et à éliminer l'oppression et la sujétion économique que la prostitution, et particulièrement la sollicitation de rue, représentent pour les femmes. Je ne partage pas l'opinion que l'objectif législatif puisse être qualifié de façon aussi large. En interdisant la

the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. Rather, in my view, the legislation is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view.

The *Criminal Code* provision subject to attack in these proceedings clearly responds to the concerns of home-owners, businesses, and the residents of urban neighbourhoods. Public solicitation for the purposes of prostitution is closely associated with street congestion and noise, oral harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. In my opinion, the eradication of the nuisance-related problems caused by street solicitation is a pressing and substantial concern. I find, therefore, that sending the message that street solicitation for the purposes of prostitution is not to be tolerated constitutes a valid legislative aim.

I turn now to the issue of proportionality. With respect to the question of rational connection between the impugned legislation and the prevention of the social nuisance associated with the public display of the sale of sex, I agree with Wilson J. that such a connection exists. The next step is to determine whether the means embodied in this legislation are appropriately tailored to meet the objective. Is it reasonable and justifiable to limit freedom of expression according to the terms of s. 195.1(1)(c) in order to eliminate street solicitation and the social nuisance which it creates? The answer to this question requires an analysis of whether the means impair the right as little as possible and of the effects and reasonableness of the limits imposed.

I start by considering the nature of the expression and the nature of the infringing legislation. Freedom of expression is fundamental to a democratic society. Parliament, through s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, has chosen to use the criminal justice system to prosecute individuals on the basis of the exercise of their freedom of expression.

vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public.

a La disposition du *Code criminel* contestée en l'espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l'encombrement des rues ainsi qu'au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n'y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants. À mon avis, la suppression des problèmes liés à la nuisance causée par la sollicitation de rue est une préoccupation urgente et réelle. Je suis donc d'avis de conclure que transmettre le message que la sollicitation de rue à des fins de prostitution ne sera pas tolérée constitue un objectif législatif valide.

J'examine maintenant la question de la proportionnalité. Je suis d'accord avec le juge Wilson qu'il y a un lien rationnel entre la disposition législative contestée et la prévention de la nuisance sociale associée à l'étalage en public de la vente de services sexuels. L'étape suivante consiste à déterminer si les mesures contenues dans la loi sont bien adaptées pour répondre à l'objectif. Est-il raisonnable et justifiable de restreindre la liberté d'expression selon les termes de l'al. 195.1(1)c) pour éliminer la sollicitation de rue et la nuisance sociale qu'elle crée? Pour répondre à cette question, il faut se demander si les mesures portent le moins possible atteinte au droit et analyser les effets et le caractère raisonnable des limites imposées.

J'examine d'abord la nature de l'expression et la nature de la disposition contestée. La liberté d'expression est fondamentale dans une société démocratique. En vertu de l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, le Parlement a choisi d'utiliser le système de justice criminelle pour poursuivre des individus qui exercent leur liberté d'expression. Lorsqu'une

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analysed in the particular context of the case. Here, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. It can hardly be said that communications regarding an economic transaction of sex for money lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression.

The legislation aims at restraining communication or attempts at communication for the purpose of engaging in prostitution. That communication must occur in "a public place or in any place open to public view". It is argued that the legislation is over-broad because it is not confined to places where there will necessarily be many people, or, in fact, any people, who will be offended by the activity. The objective of this provision, however, is not restricted to the control of actual disturbances or nuisances. It is broader, in the sense that it is directed at controlling, in general, the nuisance-related problems identified above that stem from street soliciting. Much street soliciting occurs in specified areas where the congregation of prostitutes and their customers amounts to a nuisance. In effect, the legislation discourages prostitutes and customers from concentrating their activities in any particular location. While it is the cumulative impact of individual transactions concentrated in a public area that effectively produces the social nuisance at which the legislation in part aims, Parliament can only act by focusing on individual transactions. The notion of nuisance in connection with street soliciting extends beyond interference with the individual citizen to interference with the public at large, that is with the environment represented by streets, public places and neighbouring premises.

The appellants' argument that the provision is too broad and therefore cannot be found to be appropriately tailored also focuses on the phrase

liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.

La loi vise à restreindre les communications ou les tentatives de communication en vue de se livrer à la prostitution. Cette communication doit avoir lieu «dans un endroit soit public soit situé à la vue du public». On soutient que la loi a une portée trop large parce qu'elle ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement de nombreuses personnes, ou même une personne, qui seront choquées par l'activité. L'objectif de cette disposition ne se restreint cependant pas au contrôle des troubles ou des nuisances réels. Il est plus large en ce sens qu'il vise à contrôler de façon générale les problèmes susmentionnés qui sont liés à la nuisance découlant de la sollicitation de rue. La sollicitation de rue se produit surtout dans des zones précises où le rassemblement des prostitués et de leurs clients constitue une nuisance. Dans les faits, la loi décourage les prostitués et les clients de concentrer leurs activités dans un endroit particulier. Bien que ce soit l'effet cumulatif d'opérations individuelles concentrées dans une zone publique qui produise en fait la nuisance sociale visée en partie par la loi, le Parlement ne peut agir qu'en axant ses efforts sur les activités individuelles. La notion de nuisance en rapport avec la sollicitation de rue va au-delà de l'atteinte au citoyen, mais s'étend à l'atteinte au public en général, c'est-à-dire à l'environnement constitué par les rues, les endroits publics et les lieux avoisinants.

Les appelants, pour soutenir que la disposition est trop large et n'est donc pas bien adaptée, insistent également sur le membre de phrase «de

“in any manner communicates or attempts to communicate”. The communication in question cannot be read without the phrase “for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute” which follows and qualifies it. In my opinion, the definition of communication may be, and indeed is, very wide, but the need for flexibility on the part of Parliament in this regard must be taken into account. Certain acts or gestures in addition to certain words can reasonably be interpreted as attracting customers for the purposes of prostitution or as indicating a desire to procure the services of a prostitute. This provides the necessary delineation of the scope of the communication that may be criminalized by s. 195.1(1)(c). This Court, in *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476, interpreted the meaning of solicitation in keeping with the purposes of the provision. In that case, the actions of a prostitute who had engaged in conversation regarding the sale of sexual services for a fee with an undercover police officer in his car was found not to constitute “solicitation”. In a similar vein, the courts are capable of restricting the meaning of “communication” in this context by reference to the purpose of the impugned legislation.

Can effective yet less intrusive legislation be imagined? The means used to attain the objective of the legislation may well be broader than would be appropriate were actual street nuisance the only focus. However, as I find the objective to extend to the general curtailment of visible solicitation for the purposes of prostitution, it is my view that the legislation is not unduly intrusive.

It is legitimate to take into account the fact that earlier laws and considered alternatives were thought to be less effective than the legislation that is presently being challenged. When Parliament began its examination of the subject of street soliciting, it was presented with a spectrum of views and possible approaches by both the Fraser Committee and the Justice and Legal Affairs Committee. In making a choice to enact s. 195.1(1)(c) as it now reads, Parliament had to try

quelque manière que ce soit communique ou tente de communiquer». La communication en question ne peut être considérée sans le membre de phrase «dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre» qui la précède et la décrit. À mon avis, la définition de la communication peut être très large et l'est effectivement mais il faut tenir compte de la nécessité pour le Parlement d'être souple à cet égard. On peut raisonnablement dire de certains actes ou gestes, en plus de certains mots, qu'ils attirent les clients dans le but de la prostitution ou qu'ils indiquent le désir de se procurer les services d'un prostitué. Cela établit les limites nécessaires de la portée de la communication qui peut être criminalisée en vertu de l'al. 195.1(1)c). Dans l'arrêt *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476, notre Cour a donné à la sollicitation une interprétation qui tient compte de l'objet de la disposition. Il a été décidé dans cette affaire que les actions d'une prostituée qui avait engagé une conversation avec un agent banalisé, dans sa voiture, en vue de vendre ses services sexuels en échange d'argent, ne constituait pas de la «sollicitation». Dans la même veine, les tribunaux sont capables de restreindre le sens du terme «communication» dans ce contexte, en tenant compte de l'objet de la disposition législative contestée.

Peut-on imaginer une loi moins intrusive mais efficace? Les moyens employés pour parvenir à l'objectif de la loi pourraient fort bien être plus larges que nécessaire si la nuisance réellement causée dans les rues était la seule préoccupation. Cependant, puisque j'estime que l'objectif s'étend à la diminution générale d'une sollicitation visible aux fins de la prostitution, j'estime que la loi n'est pas trop intrusive.

Il est légitime de tenir compte du fait que certaines lois antérieures et d'autres solutions envisagées ont été jugées moins efficaces que la disposition législative actuellement contestée. Lorsque le Parlement a commencé son examen de la question de la sollicitation de rue, le comité Fraser et le Comité permanent de la justice et des questions juridiques lui ont présenté un éventail de points de vue et de façons différentes d'aborder la question. En choisissant d'adopter l'al. 195.1(1)c) tel qu'il

to balance its decision to criminalize the nuisance aspects of street soliciting and its desire to take into account the policy arguments regarding the effects of criminalization of any aspect of prostitution. The legislative history of the present provision and, in general, of legislation directed to street solicitation is both long and complicated. The legislative scheme that was eventually implemented and has now been challenged need not be the "perfect" scheme that could be imagined by this Court or any other court. Rather, it is sufficient if it is appropriately and carefully tailored in the context of the infringed right. I find that this legislation meets the test of minimum impairment of the right in question.

In this regard, I find my words in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 783, to be applicable:

I should emphasize that it is not the role of this Court to devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable. The discussion of alternative legislative schemes that I have undertaken is directed to one end only, that is, to address the issue whether the existing scheme meets the requirements of the second limb of the test for the application of s. 1 of the *Charter* as set down in *Oakes*.

The final question to be answered under the *Oakes* test is whether the effects of the law so severely trench on a protected right that the legislative objective is outweighed by the infringement. I have already found that the objective of the legislation to which these intended effects are linked is of pressing and substantial importance in the free and democratic society that Canada represents. Because the impugned *Criminal Code* provision prohibits legitimate expression in the form of communication for the purposes of a commercial agreement exchanging sex for money, and therefore violates a protected right, the justification of that *Charter* infringement must be in keeping with the principles of a democratic society and the rights, freedoms and interests of its members. Here, the legislation limits the conditions under which communication between prostitutes and customers can take place. In thereby moving toward

existe actuellement, le Parlement a dû tenter d'établir un équilibre entre sa décision de criminaliser les éléments de nuisance de la sollicitation de rue et sa volonté de tenir compte des arguments de politique concernant les effets de la criminalisation d'un aspect de la prostitution. L'histoire législative de la disposition actuelle et, en général, de la législation qui vise la sollicitation de rue est à la fois longue et complexe. Le régime législatif finalement mis en œuvre et maintenant contesté n'a pas à être le régime «parfait» que notre Cour ou toute autre cour pourrait imaginer. Il suffit qu'il soit adéquatement et soigneusement adapté au contexte du droit qui est violé. J'estime que cette loi satisfait au critère de l'atteinte minimale au droit en question.

À cet égard, j'estime que mes propos dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 783, s'appliquent:

Je tiens à souligner qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables. L'analyse d'autres régimes législatifs que j'ai entreprise a pour seul but d'aborder la question de savoir si le régime existant satisfait aux exigences du second volet du critère d'application de l'article premier de la *Charte*, énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

La dernière question que pose le critère de l'arrêt *Oakes* est de savoir si les effets de la loi portent tellement atteinte à un droit protégé que la violation l'emporte sur l'objectif législatif. J'ai déjà conclu que l'objectif de la législation auquel se rapportent ces effets prévus est d'une importance urgente et réelle dans la société libre et démocratique qu'est le Canada. Parce que la disposition contestée du *Code criminel* interdit une expression légitime sous forme de communication en vue d'un accord commercial par lequel des services sexuels sont offerts en échange d'argent, de ce fait porte atteinte à un droit protégé, la justification de cette violation de la *Charte* doit être conforme aux principes d'une société démocratique ainsi qu'aux droits, aux libertés et aux intérêts de ses membres. En l'espèce, la loi restreint les conditions dans lesquelles la communication entre les prostitués et les clients peuvent avoir lieu. En voulant ainsi

the eradication of public communication with respect to prostitution, it addresses itself precisely to the objective it seeks to achieve. The curtailment of street solicitation is in keeping with the interests of many in our society for whom the nuisance-related aspects of solicitation constitute serious problems. I find that the obtrusiveness linked to the enforcement of the provision, when weighed against the resulting decrease in the social nuisance associated with street solicitation, can be justified in accordance with s. 1.

I wish to add here that other attempts at legislation in this area have failed for various reasons. This is not to say that the Crown can discharge its burden under s. 1 simply by saying that it is difficult to find a legislative solution in the area of prostitution and that the courts should therefore be ready to accept the enactment under challenge. Rather it is to point out that a legislative scheme aimed at street solicitation must be of a criminal law nature after this Court's decision in *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43. In that case, the city of Calgary enacted a by-law that prohibited the use of city streets by those approaching or being approached by others for the purpose of prostitution. Laskin C.J., for the Court, found the challenged by-law to be *ultra vires* as invading federal powers in relation to the criminal law. A province or municipality may not "translate a direct attack on prostitution into street control through reliance on public nuisance" (p. 53). Only Parliament can attack prostitution through the use of criminal measures, and legislation seeking to eradicate street solicitation cannot originate with the individual municipalities. The restriction on the activities of prostitutes effected by s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, at stake in these proceedings, must be assessed accordingly.

In conclusion, with respect to the s. 1 justification of the infringement of freedom of expression, I find that s. 195.1(1)(c) is valid legislation aimed at the curtailment of street solicitation. After taking into consideration the nature of the expres-

supprimer la communication publique en matière de prostitution, la loi vise elle-même précisément l'objectif qu'elle cherche à atteindre. La restriction de la sollicitation de rue est conforme aux intérêts d'une large part de notre société pour qui les éléments de nuisance de la sollicitation constituent des problèmes graves. J'estime que l'intrusion tenant à l'application de la disposition, évaluée par rapport à la diminution qu'elle entraîne de la nuisance sociale associée à la sollicitation de rue, peut se justifier conformément à l'article premier.

Je tiens à ajouter ici que d'autres tentatives de légiférer dans ce domaine n'ont pas abouti pour diverses raisons. Cela ne veut pas dire que le ministère public peut s'acquitter de son fardeau en vertu de l'article premier en disant simplement qu'il est difficile de trouver une solution législative en matière de prostitution et que les tribunaux devraient donc être prêts à accepter la disposition législative contestée. C'est plutôt pour souligner qu'un régime législatif qui vise la sollicitation de rue doit être de nature criminelle en raison de l'arrêt de notre Cour *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43. Dans cette affaire, la ville de Calgary avait adopté un règlement municipal qui interdisait l'usage des voies publiques par des personnes qui en accostent d'autres ou sont accostées en vue de la prostitution. Le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, a conclu que le règlement contesté était *ultra vires* parce qu'il empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Une province ou une municipalité ne peuvent «mettre une attaque directe contre la prostitution au compte du maintien de l'ordre dans la rue en s'appuyant sur l'atteinte aux droits du public» (pp. 53 et 54). Seul le Parlement peut attaquer la prostitution par des mesures criminelles et une législation visant à supprimer la sollicitation de rue ne peut provenir des municipalités. Il faut évaluer en conséquence la restriction apportée aux activités des prostituées par l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* contesté en l'espèce.

En conclusion, en ce qui concerne la justification en vertu de l'article premier de l'atteinte à la liberté d'expression, j'estime que l'al. 195.1(1)(c) est une disposition législative valide visant à supprimer la sollicitation de rue. Après avoir tenu

sion and the nature of the infringing legislation, and the issue of whether a free and democratic society can countenance legislation aimed at the social nuisance of street solicitation and at its eventual elimination, I conclude that the impugned provision is saved by s. 1.

I now turn to the question of whether ss. 193 and 195.1(1)(c) separately or in combination infringe s. 7 of the *Charter*. There are two components of s. 7 that must be satisfied before finding a violation. First, there must be a breach of one of the s. 7 interests of the individual — life, liberty or security of the person. Second, the law that is responsible for that breach must be found to violate the principles of fundamental justice. With respect to the first component, there is a clear infringement of liberty in this case given the possibility of imprisonment contemplated by the impugned provisions. Beyond this obvious violation, the appellants raise various arguments relating to an economic aspect of liberty that has been infringed. It is submitted that the impugned provisions infringe the liberty interest of street prostitutes in not allowing them to exercise their chosen profession, and their right to security of the person, in not permitting them to exercise their profession in order to provide the basic necessities of life. In the context of these “economic” arguments, the challengers make repeated reference to the fact that prostitution *per se* is legal. They submit that restriction of a legal activity to the point where it becomes impossible to engage in that activity is contrary to the principles of fundamental justice.

With respect to the first component of s. 7, the strongest argument that can be made regarding an infringement of liberty derives from the fact that the legislation contemplates the possibility of imprisonment. Because this is the case, I find it unnecessary to address the question of whether s. 7 liberty is violated in another, “economic”, way. I wish to add here that this case does not provide the appropriate forum for deciding whether “liberty” or “security of the person” could ever apply to any

compte de la nature de l’expression, de la nature de la disposition contestée et de la question de savoir si une société libre et démocratique peut accepter une loi visant la nuisance sociale associée à la sollicitation de rue, et son élimination éventuelle, je conclus que la disposition contestée est sauvegardée par l’article premier.

J’aborde maintenant la question de savoir si l’art. 193 et l’al. 195.1(1)c) pris séparément ou ensemble portent atteinte à l’art. 7 de la *Charte*. Pour conclure à l’existence d’une violation, il faut satisfaire à deux éléments de l’art. 7. Premièrement, il doit y avoir violation de l’un des intérêts de la personne visés à l’art. 7—la vie, la liberté ou la sécurité de la personne. Deuxièmement, il faut conclure que la loi à l’origine de cette violation porte atteinte aux principes de justice fondamentale. En ce qui concerne le premier élément, il est clair qu’il y a atteinte à la liberté en l’espèce étant donné la peine d’emprisonnement envisagée par la disposition contestée. Au-delà de cette violation manifeste, les appelants soulèvent divers arguments relatifs à l’atteinte à un aspect économique de la liberté. On soutient que les dispositions contestées portent atteinte à la liberté des prostitués en ne leur permettant pas d’exercer la profession de leur choix ainsi qu’à leur droit à la sécurité de leur personne en ne leur permettant pas d’exercer leur profession pour subvenir aux nécessités essentielles de la vie. Dans le contexte de ces arguments «économiques», les appelants soulignent à plusieurs reprises que la prostitution est en elle-même légale. Ils soutiennent que le fait de restreindre une activité légale au point qu’il devient impossible de l’exercer est contraire aux principes de justice fondamentale.

En ce qui concerne le premier élément de l’art. 7, l’argument le plus fort quant à la violation de la liberté tient au fait que la loi envisage une peine d’emprisonnement. Parce qu’il en est ainsi, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de décider s’il y a atteinte à un autre aspect, «économique», de la liberté garantie par l’art. 7. Je tiens à préciser ici que cette affaire n’est pas appropriée pour décider si la «liberté» ou la «sécurité de la personne» pourrait jamais s’appliquer à un intérêt qui comporte un

interest with an economic, commercial or property component.

Having found an infringement of liberty, I now move to the second component of s. 7—that is, the question of whether the infringement is in accord with the principles of fundamental justice. I will divide my discussion of the principles of fundamental justice into two parts. First, I will briefly add my comments to those of my colleagues with respect to the argument that the provisions are void for vagueness and therefore do not comply with the principles of fundamental justice. Second, I will address the argument that I alluded to above—that is, that the fact that street solicitation is criminalized while prostitution *per se* remains legal contravenes the principles of fundamental justice.

I agree with Lamer J. that vagueness should be recognized as a principle of fundamental justice. Certainly in the criminal context where a person's liberty is at stake, it is imperative that persons be capable of knowing in advance with a high degree of certainty what conduct is prohibited and what is not. It would be contrary to the basic principles of our legal system to allow individuals to be imprisoned for transgression of a vague law. Rather than repeat Lamer J.'s discussion of the void for vagueness doctrine, I restrict myself to the question of whether the impugned provisions raised in this appeal are so vague as to violate the requirement that the criminal law be clear. I find that the terms "prostitution", "keeps" a bawdy-house, "communicate" and "attempts to communicate" are not so vague, given the benefit of judicial interpretation, that their meaning is impossible to discern in advance.

The second argument pertaining to the violation of the principles of fundamental justice rests on the fact that Parliament has chosen to control prostitution indirectly through the criminalization of certain activities of those involved instead of directly criminalizing prostitution itself. The principle of fundamental justice proffered in this regard is that it is impermissible for Parliament to

élément économique, commercial ou relatif à la propriété.

Ayant conclu qu'il y a violation de la liberté, j'examine maintenant le deuxième élément de l'art. 7, c'est-à-dire si la violation est conforme aux principes de justice fondamentale. Je vais diviser en deux parties mon analyse des principes de justice fondamentale. Premièrement, je vais brièvement ajouter mes remarques à celles de mes collègues au sujet de l'argument que les dispositions sont nulles pour cause d'imprécision et enfreignent donc les principes de justice fondamentale. Deuxièmement, je vais examiner l'argument auquel j'ai fait allusion précédemment, savoir que le fait que la prostitution de rue soit criminalisée alors que la prostitution en elle-même demeure légale contrevient aux principes de justice fondamentale.

Je suis d'accord avec le juge Lamer que l'imprécision devrait être reconnue comme contraire aux principes de justice fondamentale. Il est certain que dans le contexte pénal où la liberté d'une personne est en jeu, il est impératif que les personnes soient en mesure de savoir d'avance avec un degré de certitude élevé quelles conduites sont interdites ou permises. Il serait contraire aux principes fondamentaux de notre système judiciaire d'incarcérer des personnes pour la violation d'une loi imprécise. Plutôt que de répéter l'analyse que fait le juge Lamer de la théorie de la nullité pour cause d'imprécision, je me limite à la question de savoir si les dispositions contestées dans ce pourvoi sont tellement imprécises qu'elles violent l'exigence de clarté en droit criminel. J'estime que, étant donné l'interprétation judiciaire dont nous bénéficions, les termes «prostitution», «tient» une maison de débauche, «communique» et «tente de communiquer» ne sont pas si imprécis qu'il soit impossible d'en comprendre le sens à l'avance.

Le deuxième argument relatif à la violation des principes de justice fondamentale repose sur le fait que le Parlement a choisi de contrôler la prostitution indirectement par la criminalisation de certaines activités de ceux qui s'y livrent au lieu de criminaliser directement la prostitution elle-même. Le principe de justice fondamentale invoqué à cet égard est qu'il est inadmissible que le Parlement

send out conflicting messages whereby the criminal law says one thing but means another. Section 193 effectively prohibits the sale of sex in private settings while s. 195.1(1)(c) makes it impossible to negotiate in public for the sale of sex. It is argued that this legislative scheme attaches the stigma of criminalization to a lawful activity (communication) directed at the achievement of another lawful activity (sale of sex). The question is whether by creating a legal environment indirectly making it, in effect, impossible for a prostitute to sell sex, Parliament has offended the principles of fundamental justice.

While I recognize that Parliament has chosen a circuitous path, I find it difficult to say that Parliament cannot take this route. The issue is not whether the legislative scheme is frustrating or unwise but whether the scheme offends the basic tenets of our legal system. The fact that the sale of sex for money is not a criminal act under Canadian law does not mean that Parliament must refrain from using the criminal law to express society's disapprobation of street solicitation. Unless or until this Court is faced with the direct question of Parliament's competence to criminalize prostitution, it is difficult to say that Parliament cannot criminalize and thereby indirectly control some element of prostitution—that is, street solicitation. The principles of fundamental justice are not designed to ensure that the optimal legislation is enacted. I conclude that the legislative scheme embodied by ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* is not so unfair as to violate principles of fundamental justice.

Finally, having found that the infringement of freedom of expression effected by s. 195.1(1)(c) can be justified under s. 1, I need not consider Wilson J.'s argument with respect to the principles of fundamental justice and their relation to infringements of other *Charter* rights and freedoms.

transmette des messages contradictoires dans lesquels le droit criminel dit une chose mais en signifie une autre. L'article 193 interdit effectivement la vente de services sexuels dans des endroits privés alors que l'al. 195.1(1)c rend impossible la négociation en public de la vente de services sexuels. On soutient que ce régime législatif marque des stigmates du crime une activité licite (la communication) qui vise à réaliser une autre activité licite (la vente de services sexuels). La question est de savoir si en créant un environnement juridique qui empêche indirectement, dans les faits, un prostitué de vendre ses services sexuels, le Parlement a porté atteinte aux principes de justice fondamentale.

Bien que j'admette que le Parlement a choisi un moyen détourné, il m'est difficile d'affirmer que le Parlement ne peut emprunter cette voie. La question n'est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. Le fait que la vente de services sexuels en échange d'argent ne soit pas un acte criminel en droit canadien ne signifie pas que le Parlement ne peut utiliser le droit criminel pour manifester la désapprobation de la société à l'égard de la sollicitation de rue. Tant qu'on ne demandera pas directement à notre Cour de se prononcer sur la compétence du Parlement pour criminaliser la prostitution, il est difficile d'affirmer que le Parlement ne peut pas criminaliser et ainsi contrôler indirectement certains éléments de la prostitution, c'est-à-dire la sollicitation de rue. Les principes de justice fondamentale ne servent pas à garantir l'adoption de la loi optimale. Je conclus que le régime législatif formé par l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c du *Code criminel* n'est pas injuste au point de violer les principes de justice fondamentale.

Enfin, ayant conclu que la violation de la liberté d'expression par l'al. 195.1(1)c peut être justifiée en vertu de l'article premier, il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'argumentation du juge Wilson concernant les principes de justice fondamentale et leur rapport avec des violations d'autres droits et libertés de la *Charte*.

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

Question 1. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a

Answer: No.

Question 2. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^b

Answer: No.

Question 3. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^c

Answer: No.

Question 4. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 5. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^f

Answer: Yes.

Question 6. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^g

Answer: No.

Question 7. If s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada or a combination of both or any part thereof are inconsistent with either s. 7 or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights and freedoms protected by s. 7 or s. 2(b) of the *Charter* be justified under s. 1 of the *Charter* and thereby be rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ⁱ

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

Question 1. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 3. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^d

Réponse: Non.

Question 4. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 5. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^e

Réponse: Oui.

Question 6. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^f

Réponse: Non.

Question 7. Si l'article 193 ou l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada ou la combinaison de ces deux dispositions ou d'une partie de celles-ci sont incompatibles avec l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure, s'il y a lieu, de telles restrictions aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 2b) de la *Charte* peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, ne pas être incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^h

Answer: To the extent that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*, it can be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—

I. Introduction

On January 14, 1987 the Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred certain questions to the Court of Appeal of the province pursuant to the provisions of *The Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180. The questions concern the constitutionality of ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in the light of ss. 2(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The reference arose from a case, *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (Man. Prov. Ct.), in which the trial judge held that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* was of no force and effect as it was inconsistent with s. 7 of the *Charter*. The trial judge also made comments with respect to s. 193 of the *Criminal Code* and s. 2(b) of the *Charter*. The Court of Appeal upheld the validity of the legislation, and it is from this decision that the appellants, Contradictor at the Reference in the Court of Appeal and the Contradictor added by order of the Chief Justice of Manitoba, come to this Court.

For purposes of convenience and ease of reference I set out the relevant legislation and constitutional provisions in this appeal. I refer to the numbering of the *Code* sections as they were at the time of the appeal. Section 193 of the *Criminal Code* provides:

Bawdy-houses

193. (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(2) Every one who

(a) is an inmate of a common bawdy-house,

Réponse: Dans la mesure où l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* est incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*, il peut être justifié en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—

I. Introduction

Dans un renvoi en date du 14 janvier 1987, le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a soumis certaines questions à la Cour d'appel de cette province en vertu des dispositions de la *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M., ch. C180. Les questions concernent la constitutionnalité de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en regard de l'al. 2b) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le renvoi découle de la décision *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (C. prov. Man.) dans laquelle le juge du procès a conclu que l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* était inopérant pour cause d'incompatibilité avec l'art. 7 de la *Charte*. Le juge du procès a également fait quelques observations sur l'art. 193 du *Code criminel* et l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé la validité des dispositions et c'est contre cet arrêt que les appelants, l'opposant dans le renvoi à la Cour d'appel ainsi que l'opposant ajouté par ordre du Juge en chef du Manitoba se pourvoient devant notre Cour.

Pour faciliter la lecture, je reproduis les dispositions législatives et constitutionnelles applicables dans ce pourvoi en conservant la numérotation des articles du *Code* qui existait à l'époque du pourvoi. L'article 193 du *Code criminel*:

Maison de débauche

193. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque

a) habite une maison de débauche,

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Section 195.1 of the *Criminal Code* provides:

Offence in Relation to Prostitution

195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

- (a) stops or attempts to stop any motor vehicle,
- (b) impedes the free flow of pedestrian or vehicular traffic or ingress to or egress from premises adjacent to that place, or
- (c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view.

Section 2(b) of the *Charter* reads:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 7 of the *Charter* reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* reads:

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

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche, ou

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

L'article 195.1 du Code criminel:

Infraction se rattachant à la prostitution

195.1 (1) Est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre:

- a) soit arrête ou tente d'arrêter un véhicule à moteur;
- b) soit gêne la circulation des piétons ou des véhicules, ou l'entrée ou la sortie d'un lieu contigu à cet endroit;
- c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit communique ou tente de communiquer avec elle.

(2) Au présent article, «endroit public» s'entend notamment de tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite; y est assimilé tout véhicule à moteur situé dans un endroit soit public soit situé à la vue du public.

L'alinéa 2b) de la Charte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article 7 de la Charte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la Charte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

II. Judgment of the Manitoba Court of Appeal

Monnin C.J.M.

Monnin C.J.M. agreed with the decisions of Huband J.A., who dealt primarily with the questions concerning s. 2 of the *Charter*, and with Philp J.A. who dealt with the questions concerning s. 7 of the *Charter*. He added that he disagreed with the Nova Scotia Court of Appeal decision in *R. v. Skinner* (1987), 79 N.S.R. (2d) 8, and the Alberta Court of Appeal decision in *R. v. Jahelka; R. v. Stagnitta* (1987), 36 C.C.C. (3d) 105, where in both courts concluded that s. 195.1(1)(c) restricted s. 2(b) of the *Charter*. He further added that if the provisions of the *Criminal Code* constituted infringements of rights and freedoms under the *Charter* then they were reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society.

Huband J.A.

Initially, Huband J.A. notes that the guarantee of free expression under the *Charter* is not absolute in nature:

Just because some words are written or spoken or suggested does not mean that one is exercising the right of free speech under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If a person, without provocation, shouts obscenities at another, it does not fall within the ambit of the *Charter*. Whether a crime or tort has been committed or not, the *Charter* right to free speech and free expression simply does not include such utterances.

((1987), 38 C.C.C. (3d) 408, at p. 413.)

In his view, the *Charter* protects the expression and dissemination of ideas. In examining the history of freedom of expression, Huband J.A. notes

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

II. L'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba

Le juge en chef Monnin

Le juge en chef Monnin du Manitoba se dit d'accord avec les motifs du juge Huband, qui essentiellement traite des questions relatives à l'art. 2 de la *Charte*, et avec ceux du juge Philp qui traite des questions relatives à l'art. 7 de la *Charte*. Il ajoute qu'il n'est pas d'accord avec l'arrêt *R. v. Skinner* (1987), 79 N.S.R. (2d) 8 de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ni avec l'arrêt *R. v. Jahelka; R. v. Stagnitta* (1987), 36 C.C.C. (3d) 105 de la Cour d'appel de l'Alberta qui ont l'un et l'autre conclu que l'al. 195.1(1)(c) restreignait l'al. 2b) de la *Charte*. Il ajoute que, si les dispositions du *Code criminel* violent les droits et libertés reconnus par la *Charte*, elles constituent cependant des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge Huband

Au départ, le juge Huband souligne que la garantie de la liberté d'expression reconnue dans la *Charte* n'est pas absolue en soi:

[TRADUCTION] Le fait de dire, d'écrire ou de suggérer certains mots ne signifie pas qu'il y a eu exercice du droit à la liberté de parole en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si une personne, sans provocation, crie des obscénités à une autre, cela ne relève pas de la *Charte*. Qu'un crime ou un délit ait ou non été commis, le droit à la liberté de parole et à la liberté d'expression de la *Charte* ne comprend tout simplement pas ces manifestations.

((1987), 38 C.C.C. (3d) 408, à la p. 413.)

À son avis, la *Charte* protège l'expression et la diffusion d'idées. En examinant l'histoire de la liberté d'expression, le juge Huband souligne que

that as it developed in the common law, the concept of free speech referred to the right to freedom in thought and speech on every conceivable subject including political, social, and religious subjects. In this regard he refers to the judgment of Rand J. in *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265. He further states that the *Canadian Bill of Rights* enshrined the concept of freedom of speech as it had developed in the common law. Similarly, according to Huband J.A., when freedom of expression was incorporated in the *Charter*, no new definition was intended by the drafters. The word "expression" instead of "speech" was used to reflect that an individual can make a statement by actions as well as by words. Huband J.A. refers to this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, for confirmation of the view that not every statement or gesture is entitled to protection under the *Charter*. In this case Huband J.A. held that soliciting for the purposes of prostitution is not entitled to protection (at p. 413):

[W]hen a prostitute propositions a customer, or *vice versa*, we are not dealing with the free expression of ideas, nor with the real or imagined factual data to support an idea. I think that Milton and Mill would have been astounded to hear that their disquisitions were being invoked to protect the business of whores and pimps. I confess my own astonishment.

On the question of whether ss. 193 and 195.1(1)(c) in combination restrains the lawful trade of prostitutes, Huband J.A. notes that prostitution in itself is not illegal. However, by restricting the places where soliciting and prostitution activities can take place, Parliament has imposed severe restrictions on prostitutes. He held that Parliament has the right to do this, and in doing so does not contravene s. 2(c) of the *Charter*. Further, he notes that he would find, in any event, that if these provisions did contravene the *Charter*, then the contravention would be justified under s. 1 of the *Charter*.

Philp J.A.

The judgment of Philp J.A. addresses the issue of whether the impugned sections of the *Criminal*

dans son évolution en common law, la notion de liberté de parole se rapportait au droit à la liberté de pensée et de parole sur tous les sujets possibles, y compris les sujets politiques, sociaux et religieux. À cet égard, il mentionne l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, rendu par le juge Rand. Il souligne de plus que la *Déclaration canadienne des droits* a consacré la notion de liberté de parole telle qu'elle s'était développée en common law. De même, selon le juge Huband, lorsque la liberté d'expression a été incorporée dans la *Charte*, les rédacteurs n'avaient pas l'intention de lui donner une nouvelle définition. Le terme «expression» a été utilisé au lieu de «parole» pour faire ressortir qu'une personne peut faire une déclaration par des actes aussi bien que par des mots. Le juge Huband mentionne l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, de notre Cour pour confirmer l'opinion que la *Charte* ne protège pas toutes les déclarations et tous les gestes. En l'espèce, le juge Huband conclut que la sollicitation en vue de la prostitution n'est pas protégée (à la p. 413):

[TRADUCTION] [L]orsqu'une personne qui se livre à la prostitution fait une proposition à un client, ou *vice versa*, il n'est pas question de la libre expression d'idées, ni de données factuelles réelles ou fictives à l'appui d'une idée. Je pense que Milton et Mill auraient été stupéfaits d'apprendre que leurs études étaient utilisées pour protéger le travail des prostitués et des souteneurs. J'avoue mon propre étonnement.

Sur la question de savoir si l'effet conjugué de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c) est de restreindre la pratique légale de la prostitution, le juge Huband souligne que la prostitution n'est pas illégale en soi. Cependant, en restreignant les lieux où la sollicitation et les activités de prostitution peuvent se dérouler, le Parlement a imposé aux prostitués des restrictions sévères. Il conclut que le Parlement a le droit d'agir ainsi et que, ce faisant, il ne contrevient pas à l'al. 2c) de la *Charte*. Il souligne en outre que, si les dispositions contrevenaient à la *Charte*, il conclurait de toute façon qu'elles sont justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Philp

Les motifs du juge Philp traitent de la question de savoir si les articles contestés du *Code criminel*

Code infringe the right of liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The appellant (Contradictor added by order of the Chief Justice of Manitoba) had argued that s. 193 was “impermissibly vague” and therefore constituted a *prima facie* violation of the *Charter*. Philp J.A. held that the issue of the “overbreadth” of a statute is only relevant once it has been determined that the *Charter* has been breached and the court is considering the issue of the applicability of s. 1. It cannot be argued, according to Philp J.A., that because a statute is “overbroad” in its wording it contravenes the *Charter*. Further, he held that it cannot be argued that s. 193 is so vague that it offends s. 7 because a person would be liable to imprisonment without fair notice that his conduct was criminal. Courts have been using the rules of statutory construction to interpret s. 193 for many years and it has never been found to be so vaguely worded as to be void for uncertainty (at pp. 426-27):

I think s. 193 gives fair notice of the kind of conduct that is criminal; and the courts have been able to give sensible meaning to the words of the section. Nor can it be said that the section has placed wide discretion in the hands of the police authorities, or encouraged arbitrary and erratic arrests and convictions.

I entertain some doubt of the application of the “impermissibly vague” doctrine to Canadian constitutional law. In any event, I have concluded that s. 193 is not impermissibly vague, that it is not inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

Philp J.A. next considered the issue of whether the guarantee of liberty under s. 7 protects economic rights and the right to work, and whether prostitution would be entitled to that protection. Following McIntyre J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, he held that the *Charter* does not protect economic rights. He concluded, after a review of the provincial case law on the subject, that liberty under s. 7 of the *Charter*, is concerned with the physical liberty of the person. Therefore, he held that the right to engage in prostitution is not protected under s. 7.

portent atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. L'appellant (l'opposant ajouté par ordre du Juge en chef du Manitoba) prétendait que l'art. 193 était d'une «imprécision inacceptable» et, à première vue, violait donc la *Charte*. Le juge Philp estime que la question de la «portée excessive» d'une loi n'est pertinente que lorsque le tribunal a conclu qu'il y a violation de la *Charte* et qu'il examine la question de l'applicabilité de l'article premier. Selon le juge Philp, on ne peut prétendre qu'une loi porte atteinte à la *Charte* parce que sa formulation est «trop large». Il conclut en outre qu'on ne peut prétendre que l'art. 193 est tellement imprécis qu'il porte atteinte à l'art. 7 parce qu'une personne pourrait être incarcérée sans avoir été raisonnablement avisée que sa conduite était criminelle. Les tribunaux utilisent depuis de nombreuses années les règles d'interprétation des lois pour interpréter l'art. 193 et ils n'ont jamais conclu que sa formulation est tellement vague qu'il est nul pour cause d'imprécision (aux pp. 426 et 427):

[TRADUCTION] Je pense que l'art. 193 donne un avertissement raisonnable quant à ce qui est considéré comme une conduite criminelle; et les tribunaux ont été en mesure de donner un sens raisonnable aux termes de l'article. On ne peut affirmer non plus que l'article confère un vaste pouvoir discrétionnaire aux autorités policières ni qu'il favorise les arrestations et les déclarations de culpabilité arbitraires et irrégulières.

J'ai certains doutes quant à l'application de la théorie de «l'imprécision inacceptable» en droit constitutionnel canadien. Quoiqu'il en soit, j'ai conclu que l'art. 193 n'est pas d'une imprécision inacceptable, qu'il n'est pas incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge Philp examine ensuite la question de savoir si la liberté garantie à l'art. 7 protège des droits économiques et le droit de travailler et si la prostitution bénéficierait de cette protection. Suivant l'opinion du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, il conclut que la *Charte* ne protège pas des droits économiques. Après avoir examiné la jurisprudence provinciale en la matière, il décide que la liberté mentionnée à l'art. 7 de la *Charte* vise la liberté physique de la personne. Il conclut donc que le droit de se livrer à la prostitution n'est pas protégé en vertu de l'art. 7.

Twaddle J.A.

Twaddle J.A. agrees with the reasoning and results of Huband and Philp J.J.A. In regard to the applicability of s. 1 of the *Charter*, he states that this section only applies where limits are placed on rights and freedoms that are fundamental. In his opinion, no fundamental rights or freedoms are involved in this case.

Lyon J.A.

Lyon J.A. agrees with the reasoning and results of Monnin C.J.M., and Huband, Philp and Twaddle J.J.A.

III. Issues

The following constitutional questions were stated by order of the Chief Justice on March 3, 1988:

1. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada or a combination of both or any part thereof are inconsistent with either s. 7 or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights and freedoms protected by s. 7 or s. 2(b) of the *Charter* be justified under s. 1 of the *Charter* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Le juge Twaddle

Le juge Twaddle souscrit au raisonnement et aux conclusions des juges Huband et Philp. En ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, il affirme que cet article ne s'applique que lorsque des limites sont apportées aux libertés et droits fondamentaux. À son avis, il n'y a pas de libertés ni de droits fondamentaux qui soient en cause en l'espèce.

Le juge Lyon

Le juge Lyon souscrit au raisonnement et à la conclusion du juge en chef Monnin et des juges Huband, Philp et Twaddle.

III. Les questions

Dans une ordonnance en date du 3 mars 1988, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. La combinaison des dispositions contenue à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si l'article 193 ou l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada ou la combinaison de ces deux dispositions ou d'une partie de celles-ci sont incompatibles avec l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure, s'il y a lieu, de telles restrictions aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 2b) de la *Charte* peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, ne pas être incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

IV. Section 7 of the Charter

The first three issues in this Reference require an examination of the scope of the rights guaranteed by s. 7. In the course of this examination, it falls to be determined whether the impugned legislation is constitutionally infirm on two separate grounds. First, is the legislation so vaguely worded that it is offensive to s. 7 of the *Charter*? The appellants submit that a law may be found inconsistent with s. 7 of the *Charter* where that law lacks clarity and precision such that it contains no discernible standards for the prescribed conduct and persons of common intelligence must necessarily guess as to its meaning. Second, does the impugned legislation, in suppressing the trade of prostitution, violate the right to life, liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice? More specifically, the appellants submit that the suppression of prostitution violates an individual's right to liberty in the choice of a profession, and further violates the right to security of the person by preventing an individual from providing the basic necessities of life such as food, shelter and clothing.

V. "Void for Vagueness" and s. 7 of the Charter

The first ground of attack is essentially based on the "void for vagueness" doctrine whose genesis and development is largely found in U.S. jurisprudence. I say "largely" found in the U.S. because there is some recognition of the concept in international law. I point for instance to Article 7(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), which reads:

Article 7

(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

IV. L'article 7 de la Charte

Les trois premières questions de ce renvoi exigent l'examen de la portée des droits garantis par l'art. 7. Cet examen consiste à déterminer si les dispositions contestées sont inconstitutionnelles pour deux raisons distinctes. Premièrement, sont-elles formulées de façon tellement imprécise qu'elles portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte*? Les appelants soutiennent qu'une loi peut être incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* lorsqu'elle est à ce point obscure et imprécise qu'on ne peut identifier de normes applicables à la conduite prescrite et lorsqu'elle oblige les personnes d'intelligence moyenne à deviner son sens. Deuxièmement, en éliminant la pratique de la prostitution, les dispositions contestées violent-elles le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale? Plus précisément, les appelants soutiennent que l'élimination de la prostitution viole le droit d'un individu à la liberté quant au choix d'une profession et viole en outre son droit à la sécurité de sa personne en lui interdisant de se procurer les nécessités essentielles de la vie comme la nourriture, le logement et les vêtements.

V. La «nullité pour cause d'imprécision» et l'article 7 de la Charte

Le premier moyen de contestation est essentiellement fondé sur la théorie de la «nullité pour cause d'imprécision» qui provient principalement de la jurisprudence américaine. Je dis «principalement» parce que le droit international reconnaît aussi cette notion dans une certaine mesure. Je citerais par exemple l'Article 7(1) de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950):

Article 7

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

The concept was also invoked to challenge an amendment to a provision of the Danzig Penal Code which read:

Any person who commits an act which the law declares to be punishable or which is deserving of penalty according to the fundamental conceptions of a penal law and sound popular feeling, shall be punished. If there is no penal law directly covering an act, it shall be punished under the law of which the fundamental conception applies most nearly to the said act.

The Permanent Court of International Justice, in the *Danzig Legislative Decrees* case, Advisory Opinion of December 4th, 1935, Series A/B No. 65, p. 41, said the following in respect of this legislation (at p. 53):

... under the new decrees ... a man may find himself placed on trial and punished for an act which the law did not enable him to know was an offence, because its criminality depends entirely upon the appreciation of the situation by the Public Prosecutor and by the judge. Accordingly, a system in which the criminal character of an act and the penalty attached to it will be known to the judge alone replaces a system in which this knowledge was equally open to both the judge and the accused.

There is no doubt, however, that the bulk of the jurisprudence in the area of "void for vagueness" lies in the U.S., and therefore I propose to begin with a brief recapitulation of the American authorities so as to provide a context for discussion of the doctrine's potential application in Canadian law. It should be noted at the outset that no specific or explicit constitutional provision exists in the U.S. prohibiting vague laws.

The Supreme Court of the United States has ruled that impermissibly vague laws are void in that they constitute a denial of due process of law. In *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), Sutherland J. put it in the following terms at p. 391:

... a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application, violates the first essential of due process of law.

On a également invoqué cette notion pour contester une modification apportée à une disposition du Code pénal de Danzig qui se lisait ainsi:

Sera puni quiconque commet un acte que la loi déclare punissable ou qui mérite un châtement selon l'idée fondamentale d'une loi pénale et d'après le sentiment populaire sain. Si une loi pénale déterminée ne vise pas directement l'acte, celui-ci sera puni en vertu de la loi dont l'idée fondamentale s'applique le mieux audit acte.

Dans l'affaire des *Décrets-lois dantzikois*, avis consultatif du 4 décembre 1935, série A/B n° 65, p. 41, la Cour permanente de justice internationale a dit ce qui suit de cette loi (à la p. 53):

... les nouveaux décrets font naître pour les individus l'éventualité de se voir accusés et punis pour des actes dont la loi ne leur permettait pas de connaître le caractère délictueux, ce caractère dépendant entièrement de l'appréciation du ministère public et du juge. Ainsi, à un régime dans lequel le juge et l'inculpé pouvaient également connaître et le caractère délictueux de l'acte commis et la peine qui y est attachée, est substitué un régime où le juge seul les connaîtra.

Il n'y a cependant aucun doute que le gros de la jurisprudence en matière de «nullité pour cause d'imprécision» vient des États-Unis et je vais donc commencer par une brève récapitulation des sources américaines pour établir un cadre dans lequel examiner l'application possible de la théorie en droit canadien. Il convient de souligner immédiatement qu'aucune disposition constitutionnelle américaine n'interdit spécifiquement ou explicitement l'adoption de lois imprécises.

La Cour suprême des États-Unis a jugé que les lois d'une imprécision inacceptable sont nulles parce qu'elles sont la négation de l'application régulière de la loi. Dans l'arrêt *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), le juge Sutherland l'explique de la façon suivante, à la p. 391:

[TRADUCTION] ... une loi qui interdit ou impose un acte dans des termes tellement imprécis que des personnes d'intelligence moyenne ne peuvent que deviner son sens et différer quant à son application, viole l'élément fondamental de l'application régulière de la loi.

In *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), that “first essential of due process of law” was expressed as follows at p. 465:

... it will not do to hold an average man to the peril of an indictment for the unwise exercise of his ... knowledge involving so many factors of varying effect that neither the person to decide in advance nor the jury to try him after the fact can safely and certainly judge the result.

The principles expressed in these two citations are not new to our law. In fact they are based on the ancient Latin maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—that there can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards (see Professor L. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1033). This is especially important in the criminal law, where citizens are potentially liable to a deprivation of liberty if their conduct is in conflict with the law.

One of the leading cases dealing with impermissibly vague laws is *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), wherein the Supreme Court of the United States invalidated a Florida vagrancy ordinance. Although lengthy I find it appropriate to reproduce the ordinance in order to demonstrate the scope of the doctrine as understood by the U.S. Supreme Court:

Jacksonville Ordinance Code § 26—57: Rogues and vagabonds, or dissolute persons who go about begging, common gamblers, persons who use juggling or unlawful games or plays, common drunkards, common night walkers, thieves, pilferers or pickpockets, traders in stolen property, lewd, wanton and lascivious persons, keepers of gambling places, common railers and brawlers, persons wandering or strolling around from place to place without any lawful purpose or object, habitual

L'arrêt *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), décrit de la façon suivante cet «élément fondamental de l'application régulière de la loi», à la p. 465:

[TRADUCTION] ... on ne permettra pas qu'un homme ordinaire puisse courir le risque d'être accusé pour l'exercice peu judicieux de ses connaissances [...] quand entrent en jeu un si grand nombre de facteurs fluctuants que ni la personne, à l'avance, ni le jury, qui jugera après coup, ne peuvent apprécier avec exactitude et certitude le résultat.

Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive. La raison d'être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites (voir le professeur L. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 1033). Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi.

L'arrêt *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), est un des arrêts de principe en matière de lois dont l'imprécision est inacceptable. Dans cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis a jugé invalide une ordonnance de la Floride sur le vagabondage. Bien qu'elle soit longue, j'estime utile de reproduire l'ordonnance pour montrer la portée de la théorie telle que l'entend la Cour suprême des États-Unis:

[TRADUCTION] Jacksonville, Code d'ordonnance § 26—57: Les délinquants et clochards, ou les mendiants, les joueurs, les charlatans ou les personnes qui se livrent à des jeux illégaux, les ivrognes, les prostitués, les voleurs, les voyous, les voleurs à la tire, les commerçants d'objets volés, les personnes dévergondées, débauchées, et lascives, les tenanciers de maisons de jeux, les chemineaux, les rôdeurs, les vagabonds, les fainéants, les fauteurs de trouble, les personnes qui n'ont aucun moyen d'existence

loafers, disorderly persons, persons neglecting all lawful business and habitually spending their time by frequenting houses of ill fame, gaming houses, or places where alcoholic beverages are sold or served, persons able to work but habitually living upon the earnings of their wives or minor children shall be deemed vagrants and, upon conviction in the Municipal Court shall be punished as provided for Class D offenses.

Douglas J., speaking for the court, concluded that the ordinance was impermissibly vague on the following grounds at p. 162:

This ordinance is void for vagueness, both in the sense that it "fails to give a person of ordinary intelligence fair notice that his contemplated conduct is forbidden by the statute," . . . and because it encourages arbitrary and erratic arrests and convictions. *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242.

Living under a rule of law entails various suppositions, one of which is that "(all persons) are entitled to be informed as to what the State commands or forbids." *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451, 453.

Lanzetta is one of a well-recognized group of cases insisting that the law give fair notice of the offending conduct.

The precise standards for evaluating vagueness were further developed and enunciated in *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), at pp. 108-9:

Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application.

Before embarking on a review of the Canadian experience with the "void for vagueness" doctrine I pause to note that the American jurisprudence

licite et qui fréquentent ordinairement des endroits mal famés, des maisons de jeux ou des lieux où l'on vend ou sert des boissons alcooliques, les personnes aptes au travail, mais qui vivent habituellement des revenus de leurs épouses ou de leurs enfants mineurs, sont réputés des vagabonds et, sur déclaration de culpabilité en Cour municipale, sont coupables des peines prévues pour les infractions de la catégorie D.

Le juge Douglas, au nom de la cour, a conclu que l'ordonnance était d'une imprécision inacceptable pour les raisons suivantes, à la p. 162:

[TRADUCTION] Cette ordonnance est nulle pour cause d'imprécision à la fois parce qu'elle «ne donne pas à une personne d'intelligence moyenne un avertissement raisonnable que la conduite qu'elle envisage est interdite par la loi», [. . .] et parce qu'elle favorise les arrestations et les déclarations de culpabilité arbitraires et irrégulières. *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242.

L'état de primauté du droit repose sur diverses suppositions dont l'une que «(tous) ont le droit d'être informés de ce que l'État exige ou interdit». *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451, à la p. 453.

L'arrêt *Lanzetta* fait partie d'une série d'arrêts bien connus dans lesquels les tribunaux ont exigé que la loi donne un avertissement raisonnable de la conduite illicite.

Les normes d'évaluation de l'imprécision ont été formulées et énoncées de nouveau dans l'arrêt *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), aux pp. 108 et 109:

[TRADUCTION] Les lois imprécises portent atteinte à plusieurs valeurs importantes. Premièrement, parce que nous tenons pour acquis que l'homme est libre d'agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d'intelligence moyenne d'avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence [. . .] Deuxièmement, si l'on veut prévenir l'application arbitraire et discriminatoire des lois, celles-ci doivent prévoir des normes explicites à l'intention de ceux qui les appliquent. Une loi imprécise délègue de façon inadmissible des questions de principe fondamentales aux policiers, aux juges et aux jurys qui y répondent de façon ponctuelle et subjective avec les risques que comporte l'application arbitraire et discriminatoire de la loi.

Avant d'entreprendre l'examen de l'application au Canada de la théorie de la «nullité pour cause d'imprécision», je m'arrête pour souligner qu'il y a

distinguishes between vagueness and overbreadth. As Professor Tribe explains, although there is a parallel between the two concepts, “[v]agueness is a constitutional vice conceptually distinct from overbreadth in that an overbroad law need lack neither clarity nor precision”. (See Tribe, *op. cit.*, at p. 1033.) A law that is overly broad sweeps within its ambit activities that are beyond the allowable area of state control and in fact burdens conduct that is constitutionally protected. The proper approach to adopt in understanding the relationship between vagueness and overbreadth has been stated by Marshall J., speaking for the U.S. Supreme Court in *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), at pp. 494-95:

In a facial challenge to the overbreadth and vagueness of a law, a court’s first task is to determine whether the enactment reaches a substantial amount of constitutionally protected conduct. If it does not, then the overbreadth challenge must fail. The court should then examine the facial vagueness challenge and, assuming the enactment implicates no constitutionally protected conduct, should uphold the challenge only if the enactment is impermissibly vague in all of its applications.

The relationship between vagueness and overbreadth in Canadian law has been expressly addressed in *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), in a decision rendered “By the Court” at pp. 125-26:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad. Vagueness or overbreadth, for the purpose of determining the permissibly regulated area of conduct, and whether freedom of expression under s. 2(b) of the Charter has been breached, may be different from vagueness or overbreadth for the purpose of applying the criteria in *Oakes* as to the application of s. 1 of the Charter.

en jurisprudence américaine une distinction entre une loi imprécise et une loi de portée excessive. Comme l’explique le professeur Tribe, bien que les deux notions soient parallèles, [TRADUCTION] «[l’]imprécision est un vice constitutionnel conceptuellement distinct de la portée excessive d’une loi en ce qu’une loi trop large n’est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision». (Voir Tribe, *op. cit.*, à la p. 1033.) Une loi de portée excessive fait entrer dans son champ d’application des activités qui ne relèvent pas de la sphère de contrôle permise de l’État et, dans les faits, porte atteinte à des activités protégées par la Constitution. Le juge Marshall, au nom de la Cour suprême des États-Unis, explique de quelle manière aborder la question du rapport entre une loi imprécise et une loi de portée excessive dans l’arrêt *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] Lorsque l’on prétend à la fois qu’une loi est imprécise et que sa portée est excessive, le tribunal doit premièrement décider si la loi porte considérablement atteinte à une activité protégée par la Constitution. Dans la négative, la prétention fondée sur la portée trop large de la loi doit échouer. Le tribunal devrait ensuite examiner la prétention fondée sur l’apparente imprécision de la loi et, présumant que la loi ne porte sur aucune conduite protégée par la Constitution, il ne devrait faire droit à la contestation que si la loi est d’une imprécision inacceptable dans toutes ses applications.

L’arrêt *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), rendu «par la Cour», a analysé expressément le rapport, en droit canadien, entre l’imprécision et la portée excessive d’une loi, aux pp. 125 et 126:

[TRADUCTION] L’imprécision et la portée excessive d’une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L’effet recherché d’une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d’une loi peut être tellement imprécis qu’on juge son effet trop large. L’examen de la nature imprécise d’une loi ou de sa portée excessive en vue de déterminer la sphère de conduite qui peut être réglementée, et de décider s’il y a eu violation de la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la Charte, peut être différent de l’examen de la nature imprécise ou de la portée excessive d’une loi en vue de l’application des critères de l’arrêt *Oakes* à l’article premier de la Charte.

Further, the position in *Hoffman Estates, supra*, was adopted and followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 387-88.

It would seem to me that since the advent of the *Charter*, the doctrine of vagueness or overbreadth has been the source of attack on laws on two grounds. First, a law that does not give fair notice to a person of the conduct that is contemplated as criminal, is subject to a s. 7 challenge to the extent that such a law may deprive a person of liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Clearly, it seems to me that if a person is placed at risk of being deprived of his liberty when he has not been given fair notice that his conduct falls within the scope of the offence as defined by Parliament, then surely this would offend the principles of fundamental justice. Second, where a separate *Charter* right or freedom has been limited by legislation, the doctrine of vagueness or overbreadth may be considered in determining whether the limit is "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*. In this regard I quote from the decision of Hugessen J. of the Federal Court of Appeal in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs & Excise*, [1985] 1 F.C. 85, at pp. 89-90:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability to the legal consequences.

See also *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of*

En outre, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 387 et 388, a retenu et suivi la thèse de l'arrêt *Hoffman Estates*, précité.

^a Il me semble que, depuis l'adoption de la *Charte*, la théorie de l'imprécision ou de la portée excessive d'une loi a été à l'origine de deux moyens de contestation des lois. Premièrement, une loi qui ne donne pas un avertissement suffisant que la conduite envisagée est criminelle peut être contestée en vertu de l'art. 7 dans la mesure où cette loi peut priver une personne de sa liberté et de sa sécurité d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il me semble évident qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale si une personne risque d'être privée de sa liberté parce qu'elle n'a pas reçu un avertissement suffisant que sa conduite était visée par l'infraction définie par le Parlement. Deuxièmement, lorsqu'une loi restreint une liberté ou un droit distinct garanti par la *Charte*, on peut tenir compte de la théorie de l'imprécision ou de la portée excessive d'une loi pour déterminer si la limite est imposée «par une règle de droit» au sens de l'article premier de la *Charte*. À cet égard, je cite un extrait de l'opinion du juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85, aux pp. 89 et 90:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

^j Voir également les arrêts *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and*

Metropolitan Toronto (1985), 52 O.R. (2d) 449 (Ont. C.A.), and *R. v. Robson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 137 (B.C.C.A.)

As I understand it, this appeal was argued on the basis that the impugned sections of the *Criminal Code* violate s. 7 of the *Charter* because they subject an individual to a deprivation of liberty and security of the person in the form of potential imprisonment and are allegedly impermissibly vague. Therefore I will proceed with my analysis on that basis. As I have stated above, in my view a law that is impermissibly vague and that has as a potential sanction the deprivation of liberty or security of the person, offends s. 7 of the *Charter*. There is no dispute that the impugned sections have the potential to deprive one of liberty and security of the person upon conviction. What remains to be determined is whether the sections are impermissibly vague and thereby offend the principles of fundamental justice.

I begin by noting that the vagueness doctrine does not require that a law be absolutely certain; no law can meet that standard. I point to the introductory comments of the Law Reform Commission of Canada in respect of its draft Code:

It [the draft Code] is drafted in a straightforward manner, minimizing the use of technical terms and avoiding complex sentence structure and excessive detail. It speaks, as much as possible, in terms of general principles instead of needless specifics and *ad hoc* enumerations.

(Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law*, Report 31, June 1987, at p. 2.)

In addition, the role of the courts in giving meaning to legislative terms should not be overlooked when discussing the issue of vagueness. The Ontario Court of Appeal in *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*, *supra*, said the following at p. 388:

In this case, however, from a reading of s. 251 with its exception, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear.

Municipality of Metropolitan Toronto (1985), 52 O.R. (2d) 449 (C.A. Ont.), et *R. v. Robson* (1985), 19 C.C.C. (3d) 137 (C.A.C.-B.)

Si je comprends bien, on prétend dans ce pourvoi que les articles contestés du *Code criminel* violent l'art. 7 de la *Charte* parce qu'ils assujettissent une personne à une privation de liberté et de sécurité, en l'occurrence la possibilité d'un emprisonnement, et qu'ils sont d'une imprécision inacceptable. Je vais donc analyser ces points. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une loi dont la sanction possible est de priver une personne de sa liberté ou de sa sécurité et qui est d'une imprécision inacceptable porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. On ne conteste pas que les dispositions en cause peuvent, sur déclaration de culpabilité, entraîner une privation de la liberté et de la sécurité de la personne. Il reste à déterminer si les dispositions sont d'une imprécision inacceptable et contreviennent donc aux principes de justice fondamentale.

Je note d'abord que la théorie de l'imprécision n'exige pas qu'une loi soit d'une certitude absolue; aucune loi ne peut l'être. Je reproduis les remarques de la Commission de réforme du droit du Canada dans l'introduction de son projet de Code:

Il [le projet de Code] est rédigé dans une langue simple et directe, et nous avons évité, dans toute la mesure du possible, les termes techniques, les structures syntaxiques complexes et l'excès de détail. Ses dispositions sont présentées sous forme de principes généraux sans précisions superflues ni énumérations spéciales.

(Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport 31, juin 1987, à la p. 3.)

En outre, dans l'examen de la question de l'imprécision, il ne faudrait pas oublier que les tribunaux ont un rôle quant au sens à donner aux termes d'une loi. Voici ce que la Cour d'appel de l'Ontario a dit dans l'arrêt *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*, précité, à la p. 388:

[TRADUCTION] Dans cette affaire cependant, après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi.

Also, as the Ontario Court of Appeal has held in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173, "the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions".

The fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 107, "[f]lexibility and vagueness are not synonymous". Therefore the question at hand is whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts. In other words is the statute so pervasively vague that it permits a "standardless sweep" allowing law enforcement officials to pursue their personal predilections? (See *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), at p. 575, and *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), at pp. 357-58.)

I begin with s. 193. There is no doubt that standing alone the words of the section are vulnerable to a charge that they are impermissibly vague. The section, in essence, makes it an offence for anyone to keep a common bawdy-house. But we are aided in the interpretation of the section by the definitions provided in s. 179 of the *Code*. I here reproduce the pertinent definitions:

179. (1) In this Part

"common bawdy-house" means a place that is

- (a) kept or occupied, or
- (b) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

"keeper" includes a person who

- (a) is an owner or occupier of a place,
- (b) assists or acts on behalf of an owner or occupier of a place,

De plus, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a dit dans l'arrêt *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, à la p. 173, [TRADUCTION] «la théorie de la nullité pour cause d'imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu'elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux».

Le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal. Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 107, «[s]ouplesse n'est pas synonyme d'imprécision». Par conséquent, la question en l'espèce est de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*. Autrement dit, la loi est-elle tellement imprécise qu'elle laisse une «large place à l'arbitraire» en permettant aux responsables de son application de faire prévaloir leurs préférences personnelles? (Voir les arrêts *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), à la p. 575, et *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), aux pp. 357 et 358.)

Je commence par l'art. 193. Il est évident que, pris hors contexte, les termes de l'article se prêtent à une contestation fondée sur l'imprécision inacceptable. L'article prévoit essentiellement que quiconque tient une maison de débauche commet une infraction. Mais notre interprétation de l'article est facilitée par les définitions contenues à l'art. 179 du *Code*. Je reproduis ici les définitions pertinentes:

179. (1) Dans la présente Partie

«local» ou «endroit» comprend tout local ou endroit,

- a) qu'il soit ou non couvert ou enclos,
- b) qu'il soit ou non employé en permanence ou temporairement, ou
- c) qu'une personne ait ou non un droit exclusif d'usage à son égard;

«maison de débauche» signifie un local

- a) qui est tenu ou occupé, ou
- b) que fréquentent une ou plusieurs personnes, à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence;

(c) appears to be, or to assist or act on behalf of an owner or occupier of a place,

(d) has the care or management of a place, or

(e) uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier;

“place” includes any place, whether or not

(a) it is covered or enclosed,

(b) it is used permanently or temporarily, or

(c) any person has an exclusive right of user with respect to it;

“prostitute” means a person of either sex who engages in prostitution;

The words and terms used in the section are not terms of art; rather, they are words of common usage that have been interpreted and applied by courts in the past. This, in my view, is indicative of the existence of an ascertainable standard of conduct, a standard that has been given sensible meaning by courts in a number of cases. I need only briefly refer to some of these decisions to reinforce this view.

In terms of what it means to be a “keeper” of a common bawdy-house, an element of participation in the wrongful use of the place is a minimum requirement: see *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124, and *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543 (B.C.C.A.) As an example of what constitutes wrongful participation, I cite the decision of Martin J.A. in *R. v. Woszczyzna* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221 (Ont. C.A.) In that case the court was presented with two appeals arising out of the same set of facts dealing with the operation of a steam-bath that was found to be a common bawdy-house. Martin J.A., speaking for the court, held that day-to-day participation in the conduct on the premises was not necessary. It was sufficient that the respondent participated in the management of the premises, that he received the proceeds from its operation, that he hired and paid the staff and other operating expenses from the proceeds of the business, and that he was aware of the activities being carried on in the premises. (See *R. v. Woszczyzna*, *supra*, at p. 226.)

The meaning of “common bawdy-house” has been addressed on more than one occasion. In *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157, this

«prostituée» désigne une personne de l'un ou l'autre sexe qui se livre à la prostitution;

«tenancier» comprend une personne qui

a) est un propriétaire ou occupant d'un local,

b) aide un propriétaire ou occupant d'un local ou agit pour son compte,

c) paraît être propriétaire ou occupant d'un local ou paraît lui aider ou agir pour son compte,

d) a le soin ou l'administration d'un local, ou

e) emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant.

Les mots utilisés dans l'article ne sont pas des termes techniques; au contraire, ce sont des termes d'usage courant que les tribunaux ont déjà interprétés et appliqués. À mon avis, cela indique qu'il existe une norme de conduite que l'on peut déterminer, une norme à laquelle les tribunaux ont déjà donné un sens raisonnable dans plusieurs décisions. Je n'ai qu'à mentionner brièvement certaines de ces décisions pour appuyer ce point de vue.

Le sens de «tenancier» de maison de débauche comporte au moins un élément de participation dans l'usage illicite de l'endroit: voir les arrêts *R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124, et *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543 (C.A.C.-B.) Pour illustrer ce que constitue une participation illicite, je mentionne le jugement *R. v. Woszczyzna* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221 (C.A. Ont.), du juge Martin. Dans cette affaire, la cour devait se prononcer sur deux appels dont les faits étaient identiques et qui portaient sur l'exploitation d'un bain de vapeur dans une maison de débauche. Au nom de la cour, le juge Martin a conclu que la participation quotidienne dans l'exploitation des lieux n'était pas nécessaire. Il suffisait que l'intimé participe à la gestion de l'entreprise, qu'il reçoive les profits de son exploitation, qu'il embauche le personnel et paie les salaires et d'autres dépenses d'exploitation avec les profits de l'entreprise et qu'il connaisse la nature des activités qui se déroulaient dans les lieux. (Voir l'arrêt *R. v. Woszczyzna*, précité, à la p. 226.)

Les tribunaux ont traité plusieurs fois du sens de l'expression «maison de débauche». Dans l'arrêt *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157, notre

Court held that keeping a common bawdy-house required a frequent or habitual use of the premises for the purposes of prostitution. Proof of actual prostitution or intercourse is not necessary to make out the offence: see *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241 (B.C.C.A.) In addition, the following are further examples of cases wherein what constitutes a common bawdy-house has been considered: *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (Que. C.A.); *R. v. McLellan*, *supra*; *R. v. Ikeda and Widjaja* (1978), 42 C.C.C. (2d) 195 (Ont. C.A.)

In terms of words and phrases like “prostitution” and “acts of indecency”, I note that they have been given meaning by courts on many occasions, and I reiterate that these are largely terms of common usage. Prostitution for example has been defined as the offering by a person of his or her body for lewdness for payment in return: see *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270 (Ont. C.A.), adopting the English position in *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635 (C.C.A.) It seems to me that there is little dispute as to the basic definition of prostitution, that being the exchange of sexual services of one person in return for payment by another. In respect of the term “indecency”, it and variations of it are used in numerous other sections of the *Criminal Code*, including those pertaining to immoral, indecent or obscene performances, mailing obscene materials, indecent acts, public decency, and indecent exhibition. The appropriate test to apply in this area is the “community standard of tolerance” similar to the test used in obscenity cases which this and other courts have interpreted and applied without insurmountable difficulty. Finally, I wish to make reference to a pre-*Charter* case dealing with s. 193 of the *Code*, *R. v. Hislop*, Ont. C.A., September 22, 1980, unreported (summarized 5 W.C.B. 124). In dismissing the challenge to the offence of keeping a common bawdy-house, MacKinnon A.C.J.O. stated the following at page 4 of the court’s reasons:

Cour a conclu que la tenue d’une maison de débauche comportait l’usage fréquent ou habituel des lieux à des fins de prostitution. Pour établir les éléments de l’infraction, il n’est pas nécessaire d’établir qu’il y a effectivement prostitution ou relations sexuelles: voir l’arrêt *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241 (C.A.C.-B.) Voici encore d’autres exemples de décisions dans lesquelles les tribunaux ont étudié le sens de l’expression maison de débauche: *R. v. Laliberté* (1973), 12 C.C.C. (2d) 109 (C.A. Qué.), *R. v. McLellan*, précité, *R. v. Ikeda and Widjaja* (1978), 42 C.C.C. (2d) 195 (C.A. Ont.)

En ce qui concerne les expressions «prostitution» et «actes d’indécence», je souligne que les tribunaux ont souvent eu l’occasion de leur donner un sens et je répète qu’il s’agit essentiellement d’expressions d’usage courant. Par exemple, on a défini la prostitution comme l’offre par une personne de son corps à des fins de débauche en échange d’une somme d’argent: voir l’arrêt *R. v. Lantay*, [1966] 3 C.C.C. 270 (C.A. Ont.), adoptant la thèse anglaise de l’arrêt *R. v. De Munck*, [1918] 1 K.B. 635 (C.C.A.) Il me semble qu’il n’y a pas de véritable contestation quant à la définition générale de la prostitution, c’est-à-dire l’offre par une personne de ses services sexuels en échange de paiement par une autre. En ce qui concerne le terme «indécence», on en trouve des exemples et des variantes dans plusieurs autres articles du *Code criminel*, relatifs notamment aux représentations immorales, indécentes ou obscènes, à l’envoi par la poste de choses obscènes, aux actions indécentes, à la décence publique et à l’exhibitionnisme. Dans ce domaine, le critère à appliquer est celui des «normes de tolérance de la société», critère semblable à celui utilisé en matière d’obscénité et que notre Cour et d’autres tribunaux ont interprété et appliqué sans rencontrer de difficulté insurmountable. Enfin, je voudrais mentionner l’arrêt *R. v. Hislop*, C.A. Ont., 22 septembre 1980, inédit (résumé à 5 W.C.B. 124), rendu avant l’adoption de la *Charte*, sur l’art. 193 du *Code*. En rejetant la contestation de l’infraction d’avoir tenu une maison de débauche, le juge en chef adjoint MacKinnon de l’Ontario a dit ce qui suit, à la p. 4 des motifs de la cour:

The words attacked have been in the *Criminal Code* since 1917 and have been interpreted and applied by our courts without difficulty for years. We do not think the words are vague, uncertain or arbitrary.

I can do no better than to agree with this statement. As I have stated, the interpretation of legislation has long been a task left to the courts. Through time courts have developed rules of construction especially in respect of laws regulating criminal conduct. In fact, in the area of penal statutes, that is, those creating offences, the rule is one of strict construction. In other words, if there is a difficulty in determining the meaning or scope of a word or phrase, and general principles of interpretation are unable to resolve the question, then courts will adopt the meaning favouring the accused. (See P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 380.) Of course, the very nature of language will always mean that there will be a certain area of flexibility open to interpretation and judicial appreciation. This does not equate with impermissible vagueness. I conclude that s. 193 of the *Criminal Code* is not impermissibly vague as courts have and continue to give the words and phrases found therein sensible meaning. The requirements of fair notice and guarding against arbitrary enforcement have been met. Therefore, insofar as s. 193 is not impermissibly vague, there is no violation of s. 7 of the *Charter*.

With the background discussion of the "void for vagueness" doctrine already having been undertaken, the question of whether s. 195.1(1)(c) of the *Code* is impermissibly vague may be shortly dealt with. To recall briefly, this section makes it an offence to stop or attempt to stop any person or in any manner communicate or attempt to communicate with any person for the purpose of prostitution. In my view, although broad and far reaching, the terms of the section are not vague. There is nothing about the language of the section that prevents a court from giving sensible meaning to its terms: see *R. v. Edwards and Pine* (1986), 32 C.C.C. (3d) 412 (B.C. Co. Ct.) and *R. v. McLean* (1986), 52 C.R. (3d) 262 (B.C.S.C.) In particular,

[TRADUCTION] Les termes contestés sont dans le *Code criminel* depuis 1917 et les tribunaux les ont interprétés et appliqués sans difficulté depuis longtemps. Nous ne pensons pas que les termes sont imprécis, incertains ou arbitraires.

a Je ne peux faire autrement qu'appuyer cette affirmation. Comme je l'ai dit, il y a longtemps que l'interprétation de la législation a été confiée aux tribunaux. Au fil des ans, les tribunaux ont élaboré des règles d'interprétation qui portent précisément sur les lois régissant les activités criminelles. D'ailleurs, dans le domaine des lois pénales, c'est-à-dire des lois qui créent les infractions, l'interprétation restrictive est la règle. En d'autres termes, si le sens ou la portée d'un terme ou d'une phrase créent des difficultés que l'application des règles d'interprétation habituelles ne peuvent résoudre, les tribunaux retiendront alors le sens favorable à l'accusé. (Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 419.) Évidemment, la nature même de la langue suppose qu'il y aura toujours un certain degré de souplesse dans l'interprétation et l'appréciation judiciaires. Cela n'est pas synonyme d'imprécision inadmissible. Je conclus que l'art. 193 du *Code criminel* n'est pas d'une imprécision inacceptable puisque les tribunaux ont donné et donnent encore aux termes et aux expressions de cet article un sens raisonnable. Les exigences de l'avertissement raisonnable et de contrôle contre l'application arbitraire des lois ont été respectées. Par conséquent, dans la mesure où l'art. 193 n'est pas d'une imprécision inacceptable, il n'y a aucune violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Puisque nous avons déjà fait l'analyse de fond de la théorie de la «nullité pour cause d'imprécision», la question de savoir si l'al. 195.1(1)c) du *Code* est d'une imprécision inacceptable peut être traitée brièvement. En résumé, cet article prévoit que quiconque arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle à des fins de prostitution commet une infraction. À mon avis, bien que larges et de portée très vaste, les termes de cet article ne sont pas imprécis. Rien dans le texte de cet article n'empêche un tribunal de donner un sens raisonnable à ses termes: voir *R. v. Edwards and Pine* (1986), 32 C.C.C. (3d) 412 (C. cté C.-B.) et *R. v. McLean* (1986), 52 C.R. (3d)

the phrase “in any manner communicates”, though very broad, clearly indicates to individuals that they must not by any means communicate for the purpose of prostitution or engaging the services of a prostitute. This type of all-inclusive language is not strange to the *Criminal Code*. I need only refer to the offence of fraud to make the point. Section 380(1) makes it an offence to defraud the public or any person by “deceit, falsehood or other fraudulent means” (emphasis added). Other examples could be given, but the point remains the same: a provision whose language is broad in scope thereby criminalizing a wide range of activity is not by that reason impermissibly vague. In fact, such a provision may make more clear what the targeted activity is, and the circumstances in which it is prohibited. I pause to note that while I do not believe the section is impermissibly vague, and therefore does not violate s. 7 of the *Charter* for that reason, the issue of whether the section is overly broad may well be a consideration under a potential analysis pursuant to s. 1 of the *Charter*.

In summary then, I conclude that neither s. 193 nor s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* are in violation of s. 7 of the *Charter* on account that they are impermissibly vague. In neither case can it be said that fair notice is not given to citizens; courts have been able to give sensible meaning to the terms of the sections and have applied them without difficulty. Further, the discretion of law enforcement officials is sufficiently limited by the explicit legislative standards set out in the sections. Therefore, the appellants first ground of attack of the impugned provisions under s. 7 of the *Charter* must fail.

The second ground of attack involves a consideration of whether “liberty” under s. 7 includes within its scope the right to engage in an occupation and to carry on a business, more specifically in this case the trade of prostitution.

262 (C.S.C.-B.) En particulier, l'expression «de quelque manière que ce soit communique», bien que très large, indique clairement aux individus qu'ils ne doivent en aucune façon communiquer dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre. Ce genre de formulation très globale n'est pas inhabituelle dans le *Code criminel*. Je n'ai qu'à mentionner l'infraction de fraude pour illustrer le principe. Le paragraphe 380(1) prévoit que le fait de frustrer le public ou une personne par «supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif» constitue une infraction (je souligne). Il est possible de donner d'autres exemples mais le principe demeure le même: une disposition dont la formulation a une large portée et qui définit comme criminelles une vaste gamme d'activités n'est pas d'une imprécision inacceptable pour cette raison. En fait, ce genre de disposition peut permettre d'indiquer plus clairement l'activité visée et les circonstances dans lesquelles elle est interdite. Je souligne au passage que, bien que je pense que l'article ne soit pas d'une imprécision inacceptable et qu'il ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte* pour cette raison, la question de savoir si l'article a une portée excessive peut fort bien constituer un élément d'une analyse éventuelle en vertu de l'article premier de la *Charte*.

En résumé donc, je conclus que ni l'art. 193 ni l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* ne violent l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision inacceptable. Dans les deux cas, on ne peut dire que les citoyens ne sont pas raisonnablement avertis; les tribunaux ont pu donner un sens raisonnable aux termes des articles et les ont appliqués sans difficulté. En outre, le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi est suffisamment limité par les normes législatives explicites formulées dans les articles. Par conséquent, le premier moyen avancé par les appelants pour contester ces dispositions en vertu de l'art. 7 de la *Charte* doit échouer.

Le deuxième moyen de contestation nous amène à examiner si la «liberté» en vertu de l'art. 7 comprend dans son champ d'application le droit d'exercer un métier et d'exploiter une entreprise, plus précisément en l'espèce, le commerce de la prostitution.

VI. Economic Liberty and s. 7 of the *Charter*

This case raises an important issue that has been recurring in our jurisprudence under the *Charter*. Simply stated, the issue centers on the scope of s. 7 of the *Charter*, more specifically the guarantees of life, liberty and security of the person. The appellants argue that the impugned provisions infringe prostitutes' right to liberty in not allowing them to exercise their chosen profession, and their right to security of the person, in not permitting them to exercise their profession in order to provide the basic necessities of life. I should like to point out at the outset something that may seem obvious to some, or which may come as a surprise to others, but which in any event needs to be kept in mind throughout: prostitution is not illegal in Canada. We find ourselves in an anomalous, some would say bizarre, situation where almost everything related to prostitution has been regulated by the criminal law except the transaction itself. The appellants' argument then, more precisely stated, is that in criminalizing so many activities surrounding the act itself, Parliament has made prostitution *de facto* illegal if not *de jure* illegal.

I now turn to the issue of interpreting the meaning of the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, more specifically the right to liberty and security of the person. The appellants in the case at bar rely on an expansive interpretation of the rights guaranteed by s. 7 to argue that carrying on a lawful occupation is protected by the right to liberty. As a basis for this view the following summary of the position taken by the English philosopher John Stuart Mill is relied upon:

The only end for which society is warranted in infringing the liberty of action of any individual, he said, is self-protection. Power should be exercised to prevent the individual from doing harm to others, but that is the only part of his conduct for which he should be answerable to society. In every other way he should have freedom.

(J. Symons, "Orwell's Prophecies: The Limits of Liberty and the Limits of Law" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 115, at p. 116.)

VI. La liberté économique et l'article 7 de la *Charte*

Ce pourvoi soulève une question importante qui s'est posée fréquemment dans notre jurisprudence fondée sur la *Charte*. En termes simples, elle concerne le champ d'application de l'art. 7 de la *Charte*, et plus précisément les garanties de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne. Les appellants soutiennent que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la liberté des prostitués, en ne leur permettant pas d'exercer la profession qu'ils ont choisie, et à leur droit à la sécurité de la personne en ne leur permettant pas d'exercer leur profession pour se procurer les nécessités essentielles de la vie. J'aimerais signaler au départ quelque chose qui peut sembler évident pour certains, ou surprenant pour d'autres, mais qu'il faut toutefois garder présent à l'esprit: la prostitution n'est pas illégale au Canada. Nous nous trouvons dans une situation anormale, certains diraient bizarre, où presque tous les aspects de la prostitution ont été réglementés par le droit criminel sauf l'acte lui-même. Formulé plus précisément, l'argument des appellants est donc qu'en rendant criminelles tant d'activités entourant l'acte lui-même le Parlement a rendu la prostitution illégale dans les faits mais non en droit.

Abordons maintenant l'interprétation du sens des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, plus précisément le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. En l'espèce, les appellants font valoir une interprétation large des droits garantis par l'art. 7 pour affirmer que l'exercice d'un métier licite est protégé par le droit à la liberté. À l'appui de cette thèse, on peut citer le résumé suivant de la thèse du philosophe anglais John Stuart Mill:

[TRADUCTION] La seule fin pour laquelle la société est justifiée de porter atteinte à la liberté d'action d'un individu est, selon lui, la protection de la société elle-même. Le pouvoir devrait être exercé pour empêcher un individu de causer un préjudice aux autres, mais c'est le seul aspect de sa conduite pour lequel il est responsable envers la société. À tout autre égard, il devrait être libre.

(J. Symons, «Orwell's Prophecies: The Limits of Liberty and the Limits of Law» (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 115, à la p. 116.)

Mill's approach was explicitly adopted by Wilson J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 318-19:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric—to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way".

For a further exposition of this view see the judgment of my colleague Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, *supra*, at pp. 164-66.

Wilson J.'s position seems largely reflective of several leading American decisions that have dealt with the definition of liberty in the context of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution. The relevant part of the amendment reads as follows:

Amendment XIV (1868)

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

One of the earliest U.S. decisions interpreting what has become known as the "due process clause" of the Fourteenth Amendment is *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897). The Supreme Court held that a Louisiana statute that purported to regulate a contract formed between parties in Louisiana and New York was unconstitutional. Peckham J., speaking for the court, held that the Fourteenth Amendment protected liberty of contract, and more specifically stated the following at p. 589:

Le juge Wilson a expressément fait sienne la conception de Mill dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 318 et 319:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon».

Pour un autre exemple de cette opinion, voir le jugement de ma collègue le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, aux pp. 164 à 166.

La thèse du juge Wilson provient en grande partie de plusieurs arrêts de principe américains qui traitaient de la définition de la liberté dans le cadre du Quatorzième amendement de la Constitution américaine dont l'extrait pertinent se lit ainsi:

Amendment XIV (1868)

[TRADUCTION**] Section 1. Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des États-Unis et de l'État où elles résident. Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable (*without due process of law*); ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois.

L'une des plus anciennes décisions américaines sur l'interprétation de ce qu'il est maintenant convenu d'appeler la «clause d'application régulière de la loi» du Quatorzième amendement est l'arrêt *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897). La Cour suprême a conclu qu'une loi de la Louisiane qui avait pour but de réglementer un contrat conclu entre des parties en Louisiane et à New York était inconstitutionnelle. Le juge Peckham, au nom de la cour, a conclu que le Quatorzième amendement protégeait la liberté contractuelle et a affirmé plus précisément ce qui suit, à la p. 589:

** Traduit par S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, 1982, à la p. 38.

The liberty mentioned in that amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned.

The case of *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), is of major significance because it was the first case that expanded the notion of liberty to include broader values beyond freedom from incarceration and liberty of contract. McReynolds J. said the following at p. 399:

Without doubt, it [the Fourteenth Amendment] denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized ... as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

For further examples of this broad approach to the definition of liberty see also *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), and *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972).

It should not be overlooked, however, that the American experience with "economic liberty" jurisprudence in particular, has been controversial throughout its history. As I noted above, the case of *Allgeyer v. Louisiana*, *supra*, was the first to define liberty as including the right to make contracts. But it is the decision in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), that firmly established economic liberty as a constitutionally protected interest. In that case a majority of the United States Supreme Court invalidated a New York law that set maximum hours of work for bakers because, at p. 57,

[TRADUCTION] La liberté dont il est question dans cet amendement ne signifie pas seulement le droit du citoyen d'être libre de la simple contrainte physique, comme l'emprisonnement, mais le terme est réputé englober le droit du citoyen d'être libre dans l'exercice de tout son potentiel; d'être libre de l'utiliser à toutes fins licites; de vivre et de travailler là où il le veut; de gagner sa vie par tout moyen licite; d'exercer le métier ou la profession de son choix et, à cet égard, de conclure tous les contrats qui sont justifiés, nécessaires et essentiels à la réalisation des fins précitées.

L'arrêt *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), est d'une importance capitale parce qu'il est le premier à étendre la notion de liberté pour y inclure d'autres valeurs plus larges, au-delà de l'absence d'emprisonnement et de la liberté contractuelle. Le juge McReynolds a dit ce qui suit, à la p. 399:

[TRADUCTION] Ce terme [le Quatorzième amendement] s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps en common law comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

Pour d'autres exemples de cette interprétation large de la définition de liberté, voir également les arrêts *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), et *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972).

Il ne faut pas oublier cependant que l'expérience américaine en matière de jurisprudence sur la «liberté économique» a été très controversée depuis ses débuts. Comme je le notais plus haut, la décision *Allgeyer v. Louisiana*, précitée, a été la première à définir la liberté comme incluant le droit de conclure des contrats. Mais c'est la décision *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), qui a fermement établi la liberté économique comme droit protégé par la Constitution. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, a déclaré invalide une loi de New York qui fixait un nombre maximal d'heures de travail pour les boulangers, parce que (à la p. 57):

... [t]here is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker.

Between *Lochner*, *supra*, and the start of the Depression, the U.S. Supreme Court invalidated many regulatory measures on the grounds that they intruded upon liberty of contract and property rights: see for example *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), invalidating legislation prohibiting employers from imposing “yellow-dog” contracts (a contract requiring employees to disavow union membership or affiliation as a condition of employment), and *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), invalidating a minimum wage law in the District of Columbia.

The onset of the Depression and President Roosevelt’s New Deal initiatives caused a confrontation between the notion of “economic liberty” and the needs of a modern regulatory state. Beginning in 1935 the U.S. Supreme Court rendered a number of decisions invalidating New Deal legislation, one of the most significant being *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), a decision striking down state minimum wage legislation. What ensued was the so-called “Court Crisis” in which President Roosevelt proposed a court reorganization plan. The plan was never put into effect. Significantly, however, the court overruled its decisions in *Morehead* and *Adkins*, *supra*, in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), and adopted a more deferential approach to cases of state regulation of “economic liberty”. Indeed, in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), the court espoused a deferential standard of review on questions of “economic liberty” with more active scrutiny where the state interferes with “civil” liberties: see *United States v. Carolene Products Co.*, *supra*, at pp. 152-53, especially the now famous “Footnote 4”. This attitude of deference in respect of “economic liberty” has been reiterated more recently, for example in *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421 (1952), at p. 433, and *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963), at pp. 730-31. All of

[TRADUCTION] ... [i]l n’y a aucun motif raisonnable justifiant l’atteinte à la liberté de la personne et au droit de contracter librement, que constitue la fixation des heures de travail pour le métier de boulanger.

^a Entre *Lochner*, précité, et le début de la Crise économique, la Cour suprême des États-Unis a déclaré invalides de nombreuses mesures de réglementation pour la raison qu’elles portaient atteinte à la liberté de contracter et aux droits de propriété: voir par exemple *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), qui ont déclaré invalides des lois interdisant aux employeurs d’imposer des contrats de «jaunes» (contrats exigeant comme condition d’emploi que les employés renoncent à toute affiliation ou adhésion syndicale), et *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), qui a déclaré invalide une loi du District de Columbia sur le salaire minimum.

La Crise et le New Deal du président Roosevelt ont suscité la confrontation de la notion de «liberté économique» et des exigences de réglementation d’un État moderne. À partir de 1935, la Cour suprême des États-Unis a prononcé plusieurs arrêts invalidant des lois du New Deal, dont l’un des plus importants, *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), a annulé la législation d’un État sur le salaire minimum. Est survenue ensuite ce qu’on a appelé la «Crise de la cour» lorsque le président Roosevelt a proposé un plan de réorganisation de la cour. Il n’a pas été donné suite à ce projet. Il importe toutefois de noter que la cour a renversé ses décisions *Morehead* et *Adkins*, précitées, dans son arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), et a montré plus de déférence à l’égard des cas de réglementation étatique de la «liberté économique». En fait, dans *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), la cour a adopté une norme de contrôle plus révérencielle dans les affaires de «liberté économique» et un examen plus poussé dans les cas d’ingérence de l’État en matière de libertés «civiles»: voir *United States v. Carolene Products Co.*, précité, aux pp. 152 et 153, et en particulier la célèbre «Note 4». Cette plus grande déférence en matière de «liberté économique» a été renouvelée plus récemment dans, par exemple, les arrêts *Day-Brite Lighting*,

this is to emphasize the difficulties that the United States Supreme Court has faced in dealing with the concept of "economic liberty" as a constitutionally protected freedom, and how much the American experience is linked to its particular historical and social context.

Along these lines, I pause to note that in applying principles developed under a provision of the U.S. Constitution to cases arising under our *Charter*, the Court must take into account differences in wording and historical foundations of the two documents. As Strayer J. observed in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 F.C. 274, at p. 314:

... it must be kept in mind that the historical background and social and economic context of the Fourteenth Amendment are distinctly American. Further it must be noted that in the Fourteenth Amendment "liberty" is combined with "property" which gives a different colouration to the former through the introduction of economic values as well as personal values. This is not the case in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

With this in mind I now propose to examine the Canadian jurisprudence in the area of "economic liberty" and s. 7 of the *Charter*.

I begin by noting the words of the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 785-86:

In my opinion "liberty" in s. 7 of the *Charter* is not synonymous with unconstrained freedom. . . . Whatever the precise contours of "liberty" in s. 7, I cannot accept that it extends to an unconstrained right to transact business whenever one wishes.

Much in the same vein other courts in this country have decided that "liberty" does not generally extend to commercial or economic interests. In *R.V.P. Enterprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs)*, [1988] 4 W.W.R. 726, for example, the B.C. Court of

Inc. v. Missouri, 342 U.S. 421 (1952), à la p. 433, et *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963), aux pp. 730 et 731. Tout cela souligne bien les difficultés qu'a rencontrées la Cour suprême des États-Unis lorsqu'elle a traité de la notion de «liberté économique» comme liberté protégée par la Constitution et souligne aussi combien l'expérience américaine est étroitement liée à son contexte historique et social.

À ce propos, je m'arrête pour souligner qu'en appliquant les principes dégagés en vertu d'une disposition de la Constitution américaine à des affaires concernant notre *Charte*, la Cour doit tenir compte des différences dans la formulation et dans les origines historiques des deux documents. Comme le juge Strayer l'a souligné dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 C.F. 274, à la p. 314:

... il faut se rappeler que tant l'historique que le contexte socio-économique du Quatorzième Amendement sont typiquement américains. En outre, il convient de souligner que dans le Quatorzième Amendement le mot «liberté» est associé au mot «propriété» qui en colore le sens en introduisant des valeurs tant économiques que personnelles. Ce n'est pas le cas dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans cette optique, je me propose maintenant d'examiner la jurisprudence canadienne dans le domaine de la «liberté économique» et de l'art. 7 de la *Charte*.

Je commence en soulignant les propos du Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786:

À mon avis, le terme «liberté» de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [...] Quel que soit le sens précis du terme «liberté» à l'art. 7, je ne saurais accepter qu'il aille jusqu'à s'entendre du droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut.

D'autres tribunaux canadiens ont conclu dans le même vein que la «liberté» ne s'étend généralement pas aux droits commerciaux ou économiques. Par exemple, dans l'arrêt *R.V.P. Enterprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs)*, [1988] 4 W.W.R. 726, la

Appeal had to decide whether the right to continue to hold a liquor license was a constitutionally protected liberty interest. The court, Esson J.A. speaking for it, held that it was not at pp. 732-33:

It is enough to say that the licence here in question is an entirely economic interest and, as such, not one to which s. 7 has any application.

It should be noted that the court expressly stated that it was not deciding that s. 7 could not apply to any interest which has an economic, commercial or property component. Another case from British Columbia, *Whitbread v. Walley* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203 (C.A.) also dealt generally with the question of economic interests and s. 7 of the *Charter*. At issue in that case were two sections of the *Canada Shipping Act* that limited the liability of owners and crew members of ships. McLachlin J.A. (as she then was), speaking for the court, held at p. 213 that "purely economic claims are not within the purview of s. 7 of the *Charter*", although she did add the caution that she was not asserting that s. 7 could never include an interest with an economic component.

In Ontario, in the case of *R. v. Quesnel* (1985), 53 O.R. (2d) 338 Finlayson J.A. of the Court of Appeal dealt with the specific issue of the "right to work" in the following manner (at p. 346):

Counsel submits . . . that s. 7 of the Charter dealing with life, liberty and security of the person, provides a free standing right to work. Unfortunately for that argument, it has been authoritatively held in a number of cases that this section does not relate to employment: see *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 at p. 433, 14 D.L.R. (4th) 10 at p. 48, 15 C.C.C. (3d) 353 at p. 391 (C.A.):

The concept of life, liberty and security of the person would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these, rather than some right to work whenever one wishes.

In Saskatchewan, the Court of Appeal of that province had occasion to deal with the issue of the "right to work" in *Re Bassett and Government of*

Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait décider si le droit de continuer à détenir un permis d'alcool était un droit à la liberté protégé par la Constitution. Le juge Esson, au nom de la cour, a conclu que non, aux pp. 732 et 733:

[TRADUCTION] Il suffit de dire que le permis dont il est question ici est un droit exclusivement économique et, comme tel, ne relève pas de l'application de l'art. 7.

Il convient de souligner que la cour a affirmé expressément qu'elle ne décidait pas que l'art. 7 ne pouvait s'appliquer à un droit comportant un aspect économique, commercial ou un aspect lié au droit de propriété. Dans un autre arrêt de la Colombie-Britannique, *Whitbread v. Walley* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203 (C.A.), la cour a également abordé la question des droits économiques et de l'art. 7 de la *Charte*. L'affaire portait sur deux articles de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui limitaient la responsabilité des propriétaires et des membres d'équipage des navires. Le juge McLachlin (maintenant juge de cette Cour), au nom de la Cour d'appel, a conclu, à la p. 213, que [TRADUCTION] «les demandes de nature purement économique n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 7 de la *Charte*», tout en faisant la mise en garde qu'elle n'affirmait pas que l'art. 7 ne pourrait jamais comprendre un droit comportant un aspect économique.

En Ontario, dans l'arrêt *R. v. Quesnel* (1985), 53 O.R. (2d) 338, le juge Finlayson de la Cour d'appel s'est prononcé sur la question précise du «droit au travail» de la façon suivante (à la p. 346):

[TRADUCTION] L'avocat soutient [. . .] que l'art. 7 de la Charte qui porte sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne comporte un droit indépendant au travail. Malheureusement pour cet argument, les tribunaux ont conclu dans plusieurs arrêts que cet article ne vise pas l'emploi: voir l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433, 14 D.L.R. (4th) 10, à la p. 48, 15 C.C.C. (3d) 353, à la p. 391 (C.A.):

La notion de vie, de liberté et de sécurité de la personne semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle de celle-ci sur cette intégrité, plutôt qu'à un droit quelconque de travailler à sa guise.

En Saskatchewan, la Cour d'appel a eu l'occasion de traiter de la question du «droit au travail» dans l'arrêt *Re Bassett and Government of Canada*

Canada (1987), 35 D.L.R. (4th) 537, at p. 567, Vancise J.A. speaking for the majority:

The applicant contends that the respondent, by curtailing his right to prescribe controlled drugs, has violated his right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. There is no evidence in this case that the applicant has been so deprived. He submits that security of the person ought to encompass the right to pursue one's occupation or profession and not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice. In order to give s. 7 that interpretation, security of the person must be interpreted to mean the economic capacity to satisfy basic human needs, that is, to earn a living. Nowhere in s. 7 is there reference to property rights and that omission is, in my opinion, significant

The British Columbia Court of Appeal has recently had yet another opportunity to deal with this issue in *Wilson v. Medical Services Commission* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1. The case involved the province's *Medical Service Act* that regulated the assignment of "practitioner numbers" entitling new doctors to bill the Medical Service Plan for services rendered. It is not necessary for our purposes to detail the specific regulations of the Act that were challenged. It is sufficient to note that some doctors were denied permanent practitioner numbers thus denying them the opportunity to pursue their profession though licensed and qualified to do so. Further, other doctors were granted permanent practitioner numbers though with geographical restrictions. Of central importance is the court's detailed discussion of whether the right to liberty under s. 7 of the *Charter* encompasses the opportunity of a qualified and licensed doctor to practice medicine in B.C. without restraint as to place, time or purpose.

The court, in a *per curiam* decision, held that "liberty" within the meaning of s. 7 is not confined to freedom from bodily restraint. It did go on to say the following about the scope of s. 7 (at p. 18):

(1987), 35 D.L.R. (4th) 537, à la p. 567, le juge Vancise s'exprimant au nom de la majorité:

[TRADUCTION] Le requérant prétend que l'intimé, en restreignant son droit de prescrire des drogues à usage restreint, a violé son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne auquel on ne peut porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il n'y a aucune preuve en l'espèce que le requérant a été privé de ce droit. Il prétend que la sécurité de la personne comprend le droit d'exercer son métier ou sa profession et qu'on ne peut y porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Pour donner cette interprétation à l'art. 7, la sécurité de la personne doit être interprétée de façon à signifier la capacité économique de répondre aux besoins fondamentaux de l'être humain, c'est-à-dire de gagner sa vie. On ne fait mention nulle part à l'art. 7 des droits de propriété et j'estime que cette omission est significative
 ...

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a encore eu récemment l'occasion de traiter cette question dans l'arrêt *Wilson v. Medical Services Commission* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1. L'affaire portait sur la *Medical Service Act* de la province qui régissait l'attribution des numéros de facturation permettant aux nouveaux médecins de facturer le Medical Service Plan pour les services rendus. Pour les fins du présent pourvoi, il est inutile de donner plus de précision sur la réglementation contestée. Il suffit de souligner que certains médecins étaient privés de numéros de facturation permanents et donc privés de la possibilité d'exercer leur profession bien que détenant un permis et possédant toutes qualifications requises. De plus, d'autres médecins avaient reçu des numéros de facturation permanents comportant des restrictions géographiques. Ce qui est d'importance primordiale c'est l'examen minutieux par la cour de la question de savoir si le droit à la liberté en vertu de l'art. 7 de la *Charte* comprenait la possibilité pour un médecin qualifié et agréé de pratiquer la médecine en Colombie-Britannique sans restriction quant à l'endroit, aux heures ou à l'objet.

Le jugement rendu au nom de la cour conclut que la «liberté» au sens de l'art. 7 ne se limite pas à l'absence de contraintes physiques ajoutant ce qui suit quant au champ d'application de l'art. 7 (à la p. 18):

It does not, however, extend to protect property or pure economic rights. It may embrace individual freedom of movement, including the right to choose one's occupation and where to pursue it, subject to the right of the state to impose, in accordance with the principles of fundamental justice, legitimate and reasonable restrictions on the activities of individuals.

The court draws a distinction between the right to work which it states is a purely economic question, and the right to pursue a livelihood or profession which it characterizes as a matter concerning one's dignity and sense of self-worth. In this regard the court relies heavily on a passage from the reasons for judgment of the Chief Justice (dissenting) in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at pp. 367-68:

It has been suggested that associational activity for the pursuit of economic ends should not be accorded constitutional protection. If by this it is meant that something as fundamental as a person's livelihood or dignity in the workplace is beyond the scope of constitutional protection, I cannot agree. If, on the other hand, it is meant that concerns of an exclusively pecuniary nature are excluded from such protection, such an argument would merit careful consideration. In the present case, however, we are concerned with interests which go far beyond those of a merely pecuniary nature.

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect.

The court goes on to point out that although the issue in the *Reference* case dealt with s. 2(d) of the *Charter*, the statement of the Chief Justice emphasizes the reasons why the opportunity to work should be afforded constitutional protection as an aspect of liberty under s. 7 of the *Charter*, even when an economic component is involved.

[TRADUCTION] Elle ne s'étend cependant pas à la protection des droits de propriété ou de nature purement économique. Elle peut comprendre la liberté de mouvement des individus, y compris le droit de choisir son métier et l'endroit où l'exercer, sous réserve du droit de l'État d'imposer, conformément aux principes de justice fondamentale, des restrictions légitimes et raisonnables aux activités des individus.

La cour fait une distinction entre le droit au travail qui, selon elle, est une question purement économique et le droit d'exercer un métier ou une profession qu'elle qualifie de questions relatives à la dignité et à la valorisation de soi. À cet égard, la cour s'appuie fortement sur un passage des motifs du jugement du Juge en chef (dissident) dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, aux pp. 367 et 368:

On a laissé entendre que l'activité collective à des fins économiques ne devrait pas bénéficier d'une garantie constitutionnelle. Si, par cela, on entend qu'une question aussi fondamentale que les conditions de vie ou la dignité de l'individu au travail ne sont pas du domaine de la garantie constitutionnelle, je ne saurais en convenir. Si, par ailleurs, on entend par là que des préoccupations de nature exclusivement pécuniaire échappent à cette garantie, l'argument mérite d'être examiné soigneusement. En l'espèce cependant, nous avons affaire à des intérêts qui vont beaucoup plus loin que ceux de nature purement pécuniaire.

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.

La cour poursuit en soulignant que, bien que la question du *Renvoi* porte sur l'al. 2d) de la *Charte*, cette affirmation du Juge en chef fait ressortir les raisons pour lesquelles il faudrait donner une protection constitutionnelle à la possibilité de travailler en tant qu'aspect de la liberté prévue à l'art. 7 de la *Charte*, même lorsqu'elle comporte un élément économique.

In my view, it is not clear that the statement by the Chief Justice, quoted at length by the B.C. Court of Appeal in *Wilson*, is support for the view that s. 7 of the *Charter* protects a "right to pursue a livelihood or profession" as distinct from a "right to work" which is not protected. In the *Reference* case, the issue was not whether there existed an independent right to work or to pursue a profession, but rather whether the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Charter* included the freedom to form and join associations and the freedom to bargain collectively and to strike. It was the view of the Chief Justice that the right to bargain collectively and to strike was essential to the capacity of individuals to ensure equitable and humane working conditions. It was in that context that the Chief Justice spoke of the importance of work to a person's sense of dignity and self-worth. There is no doubt that the non-economic or non-pecuniary aspects of work cannot be denied and are indeed important to a person's sense of identity, self-worth and emotional well-being. But it seems to me that the distinction sought to be drawn by the court between a right to work and a right to pursue a profession is, with respect, not one that aids in an understanding of the scope of "liberty" under s. 7 of the *Charter*.

Further, it is my view that work is not the only activity which contributes to a person's self-worth or emotional well-being. If liberty or security of the person under s. 7 of the *Charter* were defined in terms of attributes such as dignity, self-worth and emotional well-being, it seems that liberty under s. 7 would be all inclusive. In such a state of affairs there would be serious reason to question the independent existence in the *Charter* of other rights and freedoms such as freedom of religion and conscience or freedom of expression.

In short then I find myself in agreement with the following statement of McIntyre J. in the *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at p. 412:

À mon avis, il n'est pas certain que cette affirmation du Juge en chef, reproduite en entier par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Wilson*, appuie le point de vue selon lequel l'art. 7 de la *Charte* protège un «droit d'exercer un métier ou une profession» qui serait distinct d'un «droit au travail» qui n'est pas protégé. Dans le *Renvoi*, la question n'était pas de savoir s'il existait un droit indépendant au travail ou à l'exercice d'une profession, mais plutôt si la liberté d'association protégée par l'al. 2d) de la *Charte* comprenait la liberté de créer des associations et d'en faire partie, et la liberté de négocier collectivement et de faire la grève. Le Juge en chef était d'avis que le droit de négociation collective et de grève était essentiel à la capacité des individus d'obtenir des conditions de travail équitables et humaines. C'est dans ce contexte que le Juge en chef a parlé de l'importance du travail pour la dignité et la valorisation d'une personne. Il ne fait pas de doute que les aspects autres que économiques ou pécuniaires du travail ne peuvent être ignorés et sont en effet importants pour le sens de l'identité d'une personne, sa valorisation et son bien-être sur le plan émotionnel. Mais, avec égards, il me semble que la distinction que la cour tente d'établir entre un droit au travail et un droit d'exercer une profession n'est d'aucune assistance pour définir le champ d'application de la «liberté» protégée par l'art. 7 de la *Charte*.

En outre, j'estime que le travail n'est pas la seule activité qui contribue à la valorisation d'une personne et à son bien-être sur le plan émotionnel. Si la liberté ou la sécurité de la personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* étaient définies en fonction d'attributs comme la dignité, la valorisation et le bien-être sur le plan émotionnel, il semble que la liberté en vertu de l'art. 7 aurait une portée illimitée. Si tel était le cas, on pourrait sérieusement mettre en doute l'existence indépendante, dans la *Charte*, d'autres droits et libertés comme la liberté de conscience et de religion ou la liberté d'expression.

Bref, je souscris à l'affirmation suivante du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la p. 412:

It is also to be observed that the *Charter*, with the possible exception of s. 6(2)(b) (right to earn a livelihood in any province) and s. 6(4), does not concern itself with economic rights.

I therefore reject the application of the American line of cases that suggest that liberty under the Fourteenth Amendment includes liberty of contract. As I stated earlier these cases have a specific historical context, a context that incorporated into the American jurisprudence certain *laissez-faire* principles that may not have a corresponding application to the interpretation of the *Charter* in the present day. There is also a significant difference in the wording of s. 7 and the Fourteenth Amendment. The American provision speaks specifically of a protection of property interests while our framers did not choose to similarly protect property rights (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1003). This then, is sufficient to dispose of this ground of appeal.

This Court has until now, save for certain comments of my colleague Wilson J., taken an exclusionary approach to defining liberty and security of the person. While it is not essential to the disposition of this ground of appeal, I feel, having regard to some of the pronouncements of Courts of Appeal on the subject, that I should to some extent disclose my views as to the nature of the liberty and security of the person s. 7 is protecting. I pause to point out that the comments that follow are not designed to provide a definitive or exhaustive statement of what interests are protected by s. 7, but rather to put in a more positive way what s. 7 does protect as opposed to what it does not protect.

I note that the guarantees of life, liberty and security of the person are placed together with a set of provisions (ss. 8-14) which are mainly concerned with criminal and penal proceedings. More specifically ss. 8-14 confer rights related to investigation, detention, adjudication and sanction in relation to offences. It is significant that the rights guaranteed by s. 7 as well as those guaranteed in ss. 8-14 are listed under the title "Legal Rights",

On constatera aussi que la *Charte*, sauf peut-être l'al. 6(2)b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques.

^a Par conséquent, je rejette l'application de la série de décisions américaines qui laissent entendre que la liberté en vertu du Quatorzième amendement comprend la liberté contractuelle. Comme je l'ai ^b déjà affirmé, ces décisions ont été rendues dans un contexte historique particulier, un contexte qui a incorporé dans la jurisprudence américaine certains principes de laisser faire qui n'ont peut-être ^c pas d'application correspondante dans l'interprétation de la *Charte* à l'heure actuelle. De plus la formulation de l'art. 7 et celle du Quatorzième amendement sont très différentes. La disposition américaine parle expressément de la protection de droits de propriété alors que les rédacteurs de ^d notre Constitution n'ont pas choisi de protéger de la même façon les droits de propriété (voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 1003). Cela suffit ^e donc pour disposer de ce moyen d'appel.

À l'exception de certaines remarques de ma collègue le juge Wilson, notre Cour jusqu'à maintenant a procédé par exclusion pour définir la liberté et la sécurité de la personne. Bien que cela ne soit pas essentiel à la disposition de ce moyen d'appel, j'estime, compte tenu de certains arrêts des cours d'appel en la matière, que je devrais dans une certaine mesure faire part de mon opinion ^g quant à la nature de la liberté et de la sécurité protégées par l'art. 7. Je m'arrête pour souligner que, dans les remarques qui suivent, je ne cherche pas à donner une définition définitive ou exhaustive des intérêts protégés par l'art 7, mais plutôt à ^h énoncer de manière plus positive ce que l'art. 7 protège par opposition à ce qu'il ne protège pas.

Je constate que les garanties relatives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne font partie ⁱ d'une série de dispositions (art. 8 à 14) qui visent principalement les affaires pénales. Plus précisément, les art. 8 à 14 confèrent des droits relatifs aux enquêtes, à la détention, au procès et à la ^j peine qui se rapportent à des infractions. Il est révélateur que les droits garantis par l'art. 7 ainsi que ceux garantis par les art. 8 à 14 se retrouvent

or in the French version “*Garanties juridiques*”. The use of the term “Legal Rights” suggests a distinctive set of rights different from the rights guaranteed by other sections of the *Charter*. In this regard I refer to the judgment of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3:

Sections 8 to 14 . . . address specific deprivations of the “right” to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. . . . They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7

To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, “and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person’s rights under this section”.

The *B.C. Motor Vehicle Act* Reference certainly did not expound a full theory of how to interpret s. 7 of the *Charter*. It did however provide significant guidance in interpreting the nature of the rights guaranteed by that section. As well, I note that a similar interpretation of the significance of the term “Legal Rights” is adopted by Professor Eric Colvin in his article “Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, at pp. 573-74:

In the context of the Charter, the term “legal rights” cannot simply mean rights which are recognized in law. All Charter rights would be legal rights in this sense. The use of the term to describe a sub-category of Charter rights suggests that the included rights are of a special kind, different from the rights respecting the substantive content of law which are conferred in some other parts of the Charter.

In my view we can obtain further insight into the nature of the interests protected by s. 7, namely life, liberty and security of the person, by looking to the context in which they are found. I have already alluded to the placement of s. 7 in relation to ss. 8-14. It is also important to note that life, liberty and security of the person have a context within s. 7 itself. The state can deprive

sous la rubrique «Garanties juridiques» dans la version française et «*Legal Rights*» dans la version anglaise. L’expression «garanties juridiques» indique qu’il s’agit d’une catégorie de droits distincts, différents des droits garantis par d’autres articles de la *Charte*. À cet égard, je citerai le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, de notre Cour, aux pp. 502 et 503:

. . . les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale [. . .] Ils sont conçus pour protéger, d’une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l’art. 7

Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l’art. 7 et les autres articles, la disposition qu’on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l’art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article».

Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* n’a certainement pas formulé une théorie complète de l’interprétation de l’art. 7 de la *Charte*. Il a cependant offert d’importantes directives pour l’interprétation de la nature des droits garantis par cet article. De plus, je constate que le professeur Eric Colvin, dans son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, aux pp. 573 et 574, adopte une interprétation similaire de l’importance de l’expression «garanties juridiques»:

[TRADUCTION] Dans le contexte de la *Charte*, l’expression «garanties juridiques» ne peut viser tout simplement les droits juridiquement reconnus. Dans ce sens, tous les droits garantis par la *Charte* seraient des garanties juridiques. L’emploi de ces termes pour décrire une sous-catégorie de droits protégés par la *Charte* indique que les droits qui en font partie sont d’une sorte particulière, différents des droits tenant au fond du droit qui sont conférés dans d’autres parties de la *Charte*.

À mon avis, on peut mieux comprendre la nature des droits protégés par l’art. 7, c’est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, en examinant le contexte dans lequel ils ont été placés. J’ai déjà fait allusion à la place qu’occupe l’art. 7 par rapport aux art. 8 à 14. Il est également important de souligner que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont

individuals of life, liberty and security of the person if it is done in accordance with the principles of fundamental justice. In my view, the principles of fundamental justice can provide an invaluable key to determining the nature of the life, the liberty and the security of the person referred to in s. 7. The principles of fundamental justice are principles that govern the justice system. They determine the means by which one may be brought before or within the justice system, and govern how one may be brought within the system and thereafter the conduct of judges and other actors once the individual is brought within it. Therefore the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system, and its administration.

In the *B.C. Motor Vehicle Act Reference*, for example, this Court said the following in respect of defining the principles of fundamental justice at p. 503:

Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" . . . and on the "rule of law"

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

This passage is, in my view, instructive of the kind of life, liberty and security of the person sought to be protected through the principles of fundamental justice. The interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary. Section 7 and more specifically ss. 8-14 protect individuals against the state when it invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and

eux-mêmes placés dans un contexte précis à l'intérieur de l'art. 7. L'État peut priver des individus du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne s'il le fait en conformité avec les principes de justice fondamentale. À mon avis, les principes de justice fondamentale sont un outil extrêmement précieux pour définir la nature de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne mentionnées à l'art. 7. Les principes de justice fondamentale sont des principes qui régissent le système judiciaire. Ils déterminent comment une personne peut être amenée devant le système judiciaire et régissent la conduite des juges et des autres intervenants lorsque l'individu se trouve devant le système. Par conséquent, les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 sont celles qui découlent des rapports entre un individu, le système judiciaire et l'administration de la justice.

Par exemple, dans la *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, notre Cour, parlant de la définition des principes de justice fondamentale, a affirmé à la p. 503:

Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de common law, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» [...] et en «la primauté du droit» . . .

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

À mon avis, ce passage illustre bien la sorte de droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on a voulu protéger par les principes de justice fondamentale. Les intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire. L'article 7, et plus spécifiquement les art. 8 à 14, protègent les individus contre l'État lorsqu'il recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint

punishment traditionally within the judicial realm. This is not to say that s. 7 protects only an individual's physical liberty. It is significant that the section protects one's security of the person as well. As I stated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20:

... security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" ... These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

This Court has since reiterated the view that stigmatization of an accused may deprive him of the rights guaranteed by s. 7 in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 651. In addition, the Chief Justice in *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 56, held that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress could trigger a restriction of security of the person. In so doing he quoted with approval the statement of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433, to the effect that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these" (emphasis added).

The common thread that runs throughout s. 7 and ss. 8-14, however, is the involvement of the judicial branch as guardian of the justice system. As examples we need only look briefly to ss. 8-14. Section 8 protects individuals against unreasonable search or seizure. In that context, it is an independent arbiter, namely a member of the judiciary, that usually decides whether the state interest in searching outweighs the individual's right of privacy. Sections 9 and 10 involve protections in respect of detention, arrest and imprisonment. One of the central principles to be found in these rights is that of *habeas corpus*, the tradition-

d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire. Cela ne veut pas dire que l'art. 7 protège uniquement la liberté physique d'un individu. Il est révélateur que cet article protège également la sécurité de la personne. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920:

... la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [...] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [...] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Notre Cour a réitéré depuis l'opinion que la stigmatisation d'un accusé peut le priver des droits garantis par l'art. 7, dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 651. De plus, dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 56, le Juge en chef a conclu que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle ainsi que la tension psychologique grave causée par l'État peuvent constituer une restriction à la sécurité de la personne. Ce faisant, il a cité en l'approuvant l'affirmation de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433, selon laquelle le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard» (je souligne).

Cependant, le dénominateur commun de l'art. 7 et des art. 8 à 14 est l'intervention de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. À titre d'exemples, il suffit d'examiner brièvement les art. 8 à 14. L'article 8 protège l'individu contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Dans ce contexte, c'est un arbitre indépendant, c'est-à-dire le judiciaire, qui décide normalement si l'intérêt de l'État de procéder à la fouille ou à la perquisition a prépondérance sur le droit de l'individu à la vie privée. Les articles 9 et 10 accordent une protection dans les cas de détention, d'arrestation et d'emprisonnement. On

al writ requiring that a person be brought before a judge to investigate and determine the lawfulness of his detention. Sections 11-14 involve the proceedings in criminal and penal matters including notice of the offence charged, the actual trial proceedings and protection against cruel or unusual punishment.

I hasten to point out that this is not to say that s. 7 is therefore limited only to purely criminal or penal matters. Professor Colvin takes note of this as well in his article, *op. cit.*, at p. 584, when he argues that s. 7 need not be confined to the sphere of criminal or regulatory law:

It is to be expected that criminal law will provide many of the cases on section 7, because criminal sanctions are potent instruments for depriving persons of liberty and security. The association with criminal law led the Supreme Court of Canada in *Morgentaler* to raise the question of whether the role of section 7 might be confined to this sphere. There are, however, other ways in which governmental action can deprive a person of liberty and security.

Some of the other ways in which governmental action can deprive a person of liberty or security are close to the model of criminal law. For example, the civil processes for restraining a mentally disordered person or isolating a contagious person should be subject to review under section 7.

I would add that if certain legislation permits the confinement of mentally ill persons by a government agency without a hearing, then it seems to me that, in addition to s. 7, ss. 9 and 10(c) could be engaged. Similarly, if a person, as a condition of a probation order, were ordered to refrain from operating his business or to refrain from associating with certain persons, where failure to comply would bring him within s. 666 of the *Code*, then s. 7 may be engaged. In this regard, I also refer to s. 116 of the *Code* that creates an offence for disobeying a court order. What is at stake in these examples is the kind of liberty and security of the person the state typically empowers judges and

retrouve dans les principes fondamentaux qui sous-tendent ces droits celui de l'*habeas corpus*, par lequel il a été traditionnellement ordonné d'amener une personne devant un juge pour vérifier la légalité de sa détention. Les articles 11 à 14 traitent de procédure en matière criminelle et pénale, y compris le droit d'être informé de l'infraction reprochée, la procédure effectivement suivie au procès et la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités.

Je m'empresse de souligner que cela ne signifie pas que l'art. 7 se limite donc uniquement aux affaires pénales. Le professeur Colvin souligne également cela dans son article précité, à la p. 584, lorsqu'il soutient qu'il n'est pas nécessaire de limiter l'art. 7 au domaine du droit criminel ou du droit réglementaire:

[TRADUCTION] On peut prévoir que le droit criminel fournira de nombreux cas de recours à l'art. 7, puisque les peines criminelles sont des moyens puissants de privation de liberté et de sécurité de la personne. Ce lien avec le droit criminel a amené la Cour suprême du Canada, dans *Morgentaler*, à soulever la question de savoir si le rôle de l'art. 7 pourrait se limiter à ce domaine. Il existe cependant d'autres moyens par lesquels l'action gouvernementale peut priver un individu de sa liberté et de la sécurité de sa personne.

Certains des moyens par lesquels l'action gouvernementale peut priver un individu de sa liberté et de la sécurité de sa personne sont proches du modèle du droit criminel. Par exemple, les procédures civiles permettant de détenir une personne souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux devraient être susceptibles d'examen en vertu de l'art. 7.

J'ajouterais que si une loi permettait à un organisme gouvernemental de détenir des personnes handicapées mentalement, sans audition, on pourrait invoquer alors l'art. 9 et l'al. 10(c), en plus de l'art. 7. De même, si on ordonnait à une personne, comme condition d'une ordonnance de probation, de s'abstenir d'exploiter son entreprise ou de s'associer avec certaines personnes et si la violation de cette condition devait entraîner l'application de l'art. 666 du *Code*, l'art. 7 pourrait alors être invoqué. À cet égard, je dois mentionner également l'art. 116 du *Code* qui crée l'infraction de désobéissance à une ordonnance du tribunal. Ce qui est en jeu dans ces exemples c'est le type de

courts to restrict. In other words, the confinement of individuals against their will, or the restriction of control over their own minds and bodies, are precisely the kinds of activities that fall within the domain of the judiciary as guardian of the justice system. By contrast, once we move beyond the "judicial domain", we are into the realm of general public policy where the principles of fundamental justice, as they have been developed primarily through the common law, are significantly irrelevant. In the area of public policy what is at issue are political interests, pressures and values that no doubt are of social significance, but which are not "essential elements of a system for the administration of justice", and hence are not principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. The courts must not, because of the nature of the institution, be involved in the realm of pure public policy; that is the exclusive role of the properly elected representatives, the legislators. To expand the scope of s. 7 too widely would be to infringe upon that role.

I do recognize, however, that the increasing role of administrative law in our modern society has provided the state with an avenue to regulate and control a myriad of activities and areas that affect individuals: for example, to name but a few, communications, consumer protection, energy, environmental management, financial markets and institutions, food production and distribution, health and safety, human rights, labour/management relations, liquor, occupational licensing, social welfare and transportation. As a result, this area of law has developed its own regime of common and statutory law dealing with procedural and substantive fairness. The extent to which s. 7 of the *Charter* can be invoked in the realm of administrative law, its implications for administrative procedures, and its relationship to the common law rules of natural justice and the duty of fairness are not before this Court, and it is preferable to develop that jurisprudence on an ongoing, case-by-case basis. What is clear, however, is that the state in certain circumstances has created bodies, such as parole boards and mental health review tri-

liberté et de sécurité de la personne que l'État autorise ordinairement aux juges et aux tribunaux de restreindre. En d'autres termes, la détention d'individus contre leur volonté ou la restriction de leur contrôle sur leur esprit et leur corps fait précisément partie du genre d'activités qui relèvent du domaine de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Par opposition à cela, dès que nous sortons du «domaine judiciaire», nous entrons dans le domaine de l'ordre public en général où les principes de justice fondamentale, façonnés principalement par la common law, perdent une large part de leur pertinence. Dans le domaine de l'ordre public, entrent en jeu les intérêts politiques, les pressions et les valeurs qui ont sans aucun doute une importance sociale, mais qui ne sont pas «des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice» et qui ne sont donc pas des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. En raison de la nature de l'institution, les tribunaux ne doivent pas s'immiscer dans le domaine de pures questions d'ordre public; c'est le rôle exclusif des représentants dûment élus, les législateurs. Ce serait porter atteinte à ce rôle que de trop étendre le champ d'application de l'art. 7.

Je reconnais cependant que le rôle croissant du droit administratif dans notre société moderne a fourni à l'État le moyen de réglementer et de contrôler une multitude d'activités et de domaines qui touchent l'individu dont, pour n'en citer que quelques-uns, les communications, la protection du consommateur, l'énergie, la gestion de l'environnement, les institutions et marchés financiers, la production et la distribution alimentaire, l'hygiène et la santé, les droits de la personne, les relations employeurs-employés, les boissons alcooliques, la certification professionnelle, le bien-être social et les transports. Par conséquent, ce domaine du droit a élaboré son propre régime de règles législatives et de common law portant sur l'équité de procédure et de fond. On ne demande pas à notre Cour en l'espèce de déterminer dans quelle mesure l'art. 7 de la *Charte* peut être invoqué dans le domaine du droit administratif, ses incidences quant à la procédure administrative et ses rapports avec les règles de common law en matière de justice naturelle et d'équité et il est préférable d'élaborer cette jurisprudence cas par cas. Il est clair cependant

bunals, that assume control over decisions affecting an individual's liberty and security of the person. Those are areas, because they involve the restriction to an individual's physical liberty and security of the person, where the judiciary has always had a role to play as guardian of the administration of the justice system. There are also situations in which the state restricts other privileges or, broadly termed, "liberties" in the guise of regulation, but uses punitive measures in cases of non-compliance. In such situations the state is in effect punishing individuals, in the classic sense of the word, for non-compliance with a law or regulation. In all these cases, in my view, the liberty and security of the person interests protected by s. 7 would be restricted, and one would then have to determine if the restriction was in accordance with the principles of fundamental justice. By contrast, as I have stated, there is the realm of general public policy dealing with broader social, political and moral issues which are much better resolved in the political or legislative forum and not in the courts.

In this respect, Professor Colvin describes the proper judicial role as follows in his article, *op. cit.*, at p. 575:

Any claims which the judiciary can make to an "inherent domain" must be claims about means rather than ends. The judiciary should have some special expertise in matters of institutional process. The judiciary may also have certain limited powers to review governmental decisions of social policy. There is, however, no constitutional basis within the Western democratic tradition for the judiciary to claim any area of substantive policy-making as its exclusive preserve.

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity.

que, dans certaines circonstances, l'État a constitué des organismes, comme les commissions de libération conditionnelle et les tribunaux de révision en matière de santé mentale, qui contrôlent des décisions qui portent atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne. Parce qu'ils comportent la restriction de la liberté physique et de la sécurité de la personne, ce sont des domaines où l'appareil judiciaire a toujours joué un rôle en tant que gardien de l'administration du système judiciaire. Il existe également des situations dans lesquelles l'État restreint d'autres privilèges ou, en termes plus larges, des «libertés» sous couvert de réglementation, mais emploie des mesures punitives en cas de violation. Dans ces situations, l'État, dans les faits, punit les individus, dans le sens traditionnel du terme, pour l'inobservation d'une loi ou d'un règlement. À mon avis, dans tous ces cas, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne que protège l'art. 7 serait restreint, et il faudrait alors déterminer si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai souligné, il y a, par opposition, le domaine de l'ordre public en général qui touche les grandes questions sociales, politiques et morales, lesquelles relèvent davantage du pouvoir politique ou législatif que du pouvoir judiciaire.

À ce sujet, le professeur Colvin décrit le rôle qui revient au judiciaire de la façon suivante à la p. 575 de l'article précité:

[TRADUCTION] Toute revendication par le judiciaire d'un «domaine propre» doit viser les moyens plutôt que les fins. Le judiciaire devrait avoir une compétence spéciale en matière de processus institutionnel. Le judiciaire peut aussi avoir certains pouvoirs limités de contrôler les décisions gouvernementales en matière de politique sociale. Cependant il n'existe aucun fondement constitutionnel dans la tradition démocratique occidentale qui justifie le judiciaire de revendiquer comme son domaine exclusif un secteur quelconque du processus décisionnel sur des questions de fond.

Bref, je suis d'avis que l'art. 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou

Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7.

This interpretation of s. 7 is compatible with an expansive view of liberty and security of the person, but as well, and in my view perhaps more importantly, it does not derogate from what I said regarding the scope of the principles of fundamental justice in the *B.C. Motor Vehicle Act Reference*, *supra*, at p. 501:

As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. For the narrower the meaning given to "principles of fundamental justice" the greater will be the possibility that individuals may be deprived of these most basic rights. This latter result is to be avoided given that the rights involved are as fundamental as those which pertain to the life, liberty and security of the person, the deprivation of which "has the most severe consequences upon an individual" (*R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.), at p. 139).

Indeed in some cases this interpretation of s. 7 may afford the individual greater protection since a restriction on rights and freedoms other than s. 7 must go to s. 1 where the state is obliged to demonstrate that the restriction is reasonable and justified. By contrast, s. 7 is, in a manner of speaking, "permissive". In other words the section allows the state to deprive an individual of life, liberty and security of the person as long as it abides by the principles of fundamental justice. It is important to note that the onus is on the person bringing the challenge to demonstrate not only the restriction of the rights but also that the state has not abided by the principles of fundamental jus-

mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l'art. 7 intervient lorsque l'État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l'art. 7, j'estime qu'il n'est ni sage ni nécessaire d'englober tous les autres droits de la *Charte* dans l'art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits et libertés à l'art. 7.

Cette interprétation de l'art. 7 est compatible avec une interprétation extensive de la liberté et de la sécurité de la personne, mais aussi, et cela est peut-être plus important à mon avis, elle ne s'écarte pas de ce que je disais au sujet du champ d'application des principes de justice fondamentale dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, précité, à la p. 501:

À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. En effet, plus le sens donné à l'expression «principes de justice fondamentale» sera étroit, plus grande sera la possibilité que des particuliers se trouvent privés de ces droits les plus fondamentaux. Il faut éviter ce dernier résultat étant donné que les droits en question sont aussi fondamentaux que ceux qui ont trait à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et que la privation de ces droits [TRADUCTION] «a les conséquences les plus graves sur le particulier» (*R. v. Cadeddu* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.), à la p. 139).

En fait, dans certains cas, cette interprétation de l'art. 7 peut procurer à l'individu une plus grande protection puisqu'une restriction des droits et libertés autre qu'une restriction aux droits de l'art. 7 doit être passée au crible de l'article premier où l'État est obligé de démontrer que la restriction est raisonnable et justifiée. Par opposition, l'art. 7 comporte en quelque sorte une «faculté». En d'autres termes, l'article autorise l'État à priver un individu du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne dans la mesure où il se conforme aux principes de justice fondamentale. Il est important de souligner qu'il incombe à la personne à l'origine de la contestation de démontrer

tice. In my view then it is desirable to maintain a conceptual distinction between the rights guaranteed by s. 7 and the other freedoms in the *Charter*. This is not to say that “liberty” as a value underlying the *Charter* does not permeate the document in a broader, more general sense, especially as it relates to the maintenance of Canada as a “free and democratic society”. In this regard I refer to the often quoted statement of the Chief Justice in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

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

Therefore, for the reasons I have stated above, the appellants’ arguments in respect of the right to liberty and security of the person must fail. The rights under s. 7 do not extend to the right to exercise their chosen profession. Neither s. 193 nor s. 195.1(1)(c) therefore restrict the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter* in the manner claimed by the appellants. I reach this conclusion based on a reading of the cases decided by this and other courts dealing with s. 7 and “economic liberty”, and on a reading of the text of the *Charter*.

To summarize then, both grounds of attack by the appellants based on s. 7 of the *Charter* are unsuccessful: the impugned provisions are not void for vagueness and they do not infringe the right to liberty or security of the person in the manner claimed by the appellants. Therefore the first three

non seulement qu’il y a restriction des droits mais également que l’État ne s’est pas conformé aux principes de justice fondamentale. À mon avis, il est donc souhaitable de maintenir une distinction conceptuelle entre les droits garantis par l’art. 7 et les autres droits garantis par la *Charte*. Cela ne veut pas dire que la «liberté» comme valeur sous-jacente à la *Charte* n’apparaît pas en filigrane partout dans le document dans un sens plus large et général, particulièrement dans la mesure où elle se rapporte au maintien au Canada d’une «société libre et démocratique». À cet égard, il convient de reproduire l’affirmation souvent citée du Juge en chef dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

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

Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, les arguments des appelants qui concernent le droit à la liberté et à la sécurité de la personne doivent être rejetés. Les droits visés à l’art. 7 ne s’étendent pas au droit d’exercer la profession de leur choix. Ni l’art. 193 ni l’al. 195.1(1)(c) ne restreignent donc les droits garantis par l’art. 7 de la *Charte* de la manière alléguée par les appelants. J’arrive à cette conclusion en me fondant sur des arrêts de notre Cour et d’autres tribunaux concernant l’art. 7 et la «liberté économique», et sur le texte de la *Charte*.

Pour résumer, les deux moyens de contestation des appelants fondés sur l’art. 7 de la *Charte* sont rejetés: les dispositions contestées ne sont pas nulles pour cause d’imprécision et elles ne portent pas atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne. Par conséquent, les trois premières

constitutional questions as stated by the Chief Justice should be answered in the negative.

VII. Freedom of Expression

The next three constitutional questions once again raise the vexing problem of defining the scope of freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. This Court has had occasion to discuss at length the rationales for protecting expression in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, and more recently in *Irwin Toy, supra*; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790. It is not necessary for the purposes of this appeal to repeat much of that discussion, but it would be helpful to briefly review and perhaps expand upon the analytical framework that has been developed.

The first step in any *Charter* analysis is to determine the scope of the right or freedom at issue. That step must be taken before deciding whether there is a restriction on the guarantee. In other words, the question to be asked is “does the activity pursued properly fall within ‘freedom of expression’”? This first step has been described, in reference to the narrower concept of freedom of speech, in the following terms by Frederick Schauer in *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), at p. 91:

We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and . . . something more than merely moving one’s tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

In *Irwin Toy, supra*, this Court held that “expression” has both a content and a form, and that the two are often connected. Further, the Court asserted that an activity is expressive if it conveys or attempts to convey a meaning; its meaning is its content. Activities cannot be excluded from the scope of guaranteed freedom of expression on the basis of the content or meaning conveyed. In this

questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef doivent recevoir une réponse négative.

VII. La liberté d’expression

Les trois questions constitutionnelles suivantes soulèvent encore une fois le difficile problème du champ d’application de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour a eu l’occasion d’analyser en détail les fondements de la protection de l’expression dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, et plus récemment dans les arrêts *Irwin Toy*, précité, *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790. Il n’est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi de reprendre tous les détails de cette analyse mais il serait utile de revoir brièvement et d’élargir peut-être le cadre analytique qui a été développé.

Dans tout examen fondé sur la *Charte*, la première étape consiste à déterminer le champ d’application du droit ou de la liberté en question. On doit franchir cette étape avant de décider s’il y a atteinte à la garantie. En d’autres termes, la question à poser est la suivante: «l’activité poursuivie relève-t-elle à proprement parler de la liberté d’expression»? Par rapport à la notion plus restreinte de liberté de parole, Frederick Schauer a décrit cette première étape dans son ouvrage *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), à la p. 91:

[TRADUCTION] Nous tentons d’identifier les choses qu’une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n’englobent évidemment pas la totalité de l’activité humaine mais [...] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

Dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a conclu que l’«expression» possède à la fois un contenu et une forme et que les deux sont souvent liés. En outre, notre Cour a affirmé qu’une activité est expressive si elle transmet ou tente de transmettre une signification; son message est son contenu. Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d’expression garantie en raison du message

regard reference was made by this Court in *Irwin Toy, supra*, at p. 968, to the following underlying rationale for protecting freedom of expression:

... to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is... "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

Therefore I am of the view that s. 2(b) of the *Charter* protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed.

The content of expression is conveyed through an infinite variety of forms including the written or spoken word, the arts and physical gestures or acts. While the guarantee of free expression protects all content, all forms are not, however, similarly protected. In *Irwin Toy, supra*, the Court stated that it was not necessary in that case to delineate when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. While that statement applies with equal force to this appeal, I, nevertheless, think it is appropriate at this stage of *Charter* jurisprudence to make some additional comments.

As I have stated, form and content are often connected. In some instances they are inextricably linked. One such example is language. In my view the choice of the language through which one communicates is central to one's freedom of expression. The choice of language is more than a utilitarian decision; language is, indeed, an expression of one's culture and often of one's sense of dignity and self-worth. Language is, shortly put, both content and form. I can do no better than to quote the following statement of this Court in *Ford, supra*, at p. 748:

Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom

ou du contenu transmis. À cet égard, notre Cour a parlé de la raison d'être de la protection de la liberté d'expression, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 968:

^a ... pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

^c Je suis donc d'avis que l'al. 2b) de la *Charte* protège tout le contenu de l'expression sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre.

^d Le contenu de l'expression est transmis par une variété infinie de modes d'expression, dont l'écrit, le discours, les arts, les gestes et les actes. Si la garantie de la liberté d'expression protège le contenu, les formes d'expression ne sont pas toutes protégées également. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, la Cour a affirmé qu'il n'était pas nécessaire dans cette affaire de définir dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Bien que cette affirmation s'applique tout aussi parfaitement en l'espèce, j'estime néanmoins qu'il est approprié à cette étape de l'évolution de la jurisprudence issue de la *Charte* de faire quelques remarques supplémentaires.

Comme je l'ai affirmé, la forme et le contenu sont souvent liés. Dans certains cas, ils sont inextricablement liés. La langue en constitue un exemple. À mon avis, le choix de la langue de communication est essentiel à la liberté d'expression de l'individu. Le choix de la langue ne répond pas seulement à une décision pratique; en effet, la langue est pour chacun l'expression de sa culture et souvent une expression de sa dignité et de sa valeur personnelle. Bref, la langue est à la fois forme et contenu. Je ne peux faire mieux que reproduire ce que disait notre Cour dans l'arrêt *Ford*, précité, à la p. 748:

^j La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable

of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression.

Art may be yet another example of where form and content intersect. Is it really possible to conceive, for instance, of the content of a piece of music, a painting, a dance, a play or a film without reference to the manner or form in which it is presented? It seems to me that just as language colours the content of writing or speech, artistic forms colour and indeed help to define the product of artistic expression. As with language, art is in many ways an expression of cultural identity, and in many cases is an expression of one's identity with a particular set of thoughts, beliefs, opinions and emotions. That expression may be either solely of inherent value in that it adds to one's sense of fulfilment, personal identity and individuality independent of any effect it may have on a potential audience, or it may be based on a desire to communicate certain thoughts and feelings to others. I am of the view, therefore, that art and language are two examples where content and form are inextricably linked, and as a result both merit protection under s. 2(b) of the *Charter*.

There are forms of expression, however, that can be kept distinct from the content which they seek to convey, and which may be excluded from the scope of s. 2(b) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery*, *supra*, this Court held that freedom of expression would not extend to protect threats of violence or acts of violence. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 970, this Court re-enforced that view when it stated that "a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen". These forms that have not received protection under s. 2(b) seem to share the feature that they have been criminalized by Parliament. I wish to clearly state that the mere fact that Parliament has decided to criminalize an activity does not render it beyond the scope of s. 2(b) of the *Charter*. There are many offences in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that may have an "expressive" dimension to them, or to

liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression.

^a L'art peut aussi être une autre rencontre de la forme et du contenu. Par exemple, est-il vraiment possible de concevoir le contenu d'une œuvre musicale, d'une peinture, d'une danse, d'une pièce de théâtre ou d'un film sans faire appel à sa forme ou à son mode de présentation? Il me semble que tout comme la langue colore le contenu de l'écriture ou du discours, les formes artistiques colorent et, en réalité, aident à définir le produit de l'expression artistique. Comme dans le cas de la langue, l'art est à plusieurs égards une expression de l'identité culturelle et, dans plusieurs cas, une expression de l'identité personnelle avec son schème particulier de pensées, de croyances, d'opinions et d'émotions. ^b Cette expression peut n'avoir qu'une valeur inhérente en ce qu'elle ajoute au sens de l'épanouissement de soi, à l'identité personnelle et à l'individualité indépendamment de l'effet qu'elle peut avoir sur un auditoire potentiel, ou elle peut être ^c fondée sur le désir de communiquer à d'autres certains sentiments et certaines pensées. Je suis donc d'avis que l'art et la langue sont deux exemples où le contenu et la forme sont inextricablement liés et, par conséquent, méritent l'un et l'autre la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

Il existe cependant des formes d'expression qui peuvent être séparées du contenu qu'elles tentent de transmettre et qui peuvent être exclues du champ de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, notre Cour a conclu que la liberté d'expression ne pourrait aller jusqu'à protéger des menaces ou des actes de violence. ^d Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 970, notre Cour a renforcé cette idée lorsqu'elle a dit que «l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi». Ces formes d'expression qui ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2b) semblent avoir la caractéristique commune d'avoir été criminalisées par le Parlement. Je veux affirmer clairement que le simple fait que le Parlement ait décidé de criminaliser une activité donnée ^e n'exclut pas cette activité du champ de l'al. 2b) de la *Charte*. Plusieurs infractions dans le *Code cri-*

put it otherwise, whose *actus reus* may consist either in whole or in part of speech or other form of expression. I provide the following lengthy, but still incomplete list to illustrate my point: s. 21(1)(b) and (c) (parties to an offence), s. 22 (counselling a party), s. 51 (intimidating Parliament), s. 53 (inciting mutiny), s. 59 (sedition/seditious libel), s. 63 (unlawful assembly), s. 83 (promoting a prize fight), s. 113 (false statement to procure a fire arms certificate), s. 131 (perjury), s. 136 (giving contradictory evidence), s. 140 (public mischief), s. 143 (advertising reward and immunity), s. 163 (corrupting morals), s. 168 (mailing obscene matter), s. 175 (causing a disturbance), s. 241 (counselling suicide), s. 264.1 (uttering threats), s. 296 (blasphemous libel), s. 301 (defamatory libel), s. 318 (advocating genocide), s. 319 (hate literature), s. 380 (fraud), s. 408 (passing-off), s. 423 (intimidation), s. 464 (counselling an offence not committed), s. 465 (conspiracy). There are also sections dealing with non-publication orders in respect of various judicial proceedings such as show-cause hearings, preliminary hearings, and *voir dire*s.

Most if not all of these listed offences can be categorized into the following areas: offences against the public order, offences related to falsehood, offences against the person and reputation, offences against the administration of law and justice, and offences related to public morals and disorderly conduct. In my view it would be unwise and overly restrictive to *a priori* exclude from the protection of s. 2(b) of the *Charter* activities solely because they have been made the subject of criminal offences. In this regard I am in agreement with the following statement of Watt J. in *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (Ont. H.C.), at pp. 436 and 453:

The mere fact of a prohibition against or a restriction upon expression with penal consequences is not dispositive of the constitutional issue. Neither is the fact that the external circumstances or *actus reus* of the offence

minel, L.R.C. (1985), ch. C-46, peuvent avoir une dimension d'«expression» ou, en d'autres termes, dont l'*actus reus* peut être formé entièrement ou partiellement de paroles ou d'une autre forme d'expression. J'en présente une longue liste, qui est cependant incomplète, pour illustrer ce point: al. 21(1)b) et c) (participer à une infraction); art. 22 (conseiller une partie); art. 51 (intimider le Parlement); art. 53 (incitation à la mutinerie); art. 59 (sédition et libelle séditieux); art. 63 (attroupe-ment illégal); art. 83 (promoteur de combats concertés); art. 113 (fausse déclaration afin d'obtenir une autorisation d'armes à feu); art. 131 (parjure); art. 136 (témoignages contradictoires); art. 140 (méfait public); art. 143 (offre de récompense et d'immunité); art. 163 (corruption des mœurs); art. 168 (mise à la poste de choses obscènes); art. 175 (troubler la paix); art. 241 (conseiller le suicide); art. 264.1 (proférer des menaces); art. 296 (libelle blasphématoire); art. 301 (libelle diffamatoire); art. 318 (encouragement au génocide); art. 319 (propagande haineuse); art. 380 (fraude); art. 408 (substitution); art. 423 (intimidation); art. 464 (conseiller une infraction qui n'est pas commise); art. 465 (complot). Certains articles visent aussi des ordonnances de non-publication dans diverses procédures judiciaires comme les audiences de justification, les enquêtes préliminaires et les voir-dire.

La plupart sinon la totalité de ces infractions peuvent être réparties dans les domaines suivants: les infractions contre l'ordre public, les infractions liées au mensonge, les infractions contre la personne et la réputation, les infractions contre l'administration du droit et de la justice et les infractions contre la moralité publique et contre la conduite désordonnée. À mon avis, il serait inopportun et beaucoup trop restrictif d'exclure à priori certaines activités de la protection de l'al. 2b) de la *Charte* pour la seule raison qu'elles sont des infractions criminelles. À cet égard, je suis d'accord avec ce que dit le juge Watt dans l'arrêt *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (H.C. Ont.), aux pp. 436 et 453:

[TRADUCTION] La simple interdiction ou restriction de l'expression assortie de conséquences pénales ne règle pas la question constitutionnelle, ni d'ailleurs le fait que les circonstances externes ou l'*actus reus* de l'infraction

consist, in whole or in part, of speech or other mode of expression, determinative of the challenge. The nature and extent of the prohibition or restriction must, in each case, be examined to determine constitutional admissibility. Of critical importance in many instances is the purpose underlying the provision in issue.

... the boundaries of the regulated area ought not to be too expansively defined, thereby to draw or confine within them substantially the whole of the criminal prohibitions of or restrictions upon speech or other modes of expression. To so determine has the ineluctable effect of reducing, not only the scope of the unregulated area, but equally, the reach of the fundamental freedom itself.

Without settling the matter conclusively, I am of the view that at the very least a law that makes it an offence to convey a meaning or message, however distasteful or unpopular, through a traditional form of expression like the written or spoken word or art must be viewed as a restriction on freedom of expression, and must be justified, if possible, by s. 1 of the *Charter*. This method is consistent with the broad, inclusive approach to the protected sphere of freedom of expression that this Court has explicitly adopted. By the same token, however, it allows for the exclusion of a narrow set of forms of activities from the scope of s. 2(b).

Obviously, almost all human activity combines expressive and physical elements. For example sitting down expresses a desire not to be standing. Even silence, the apparent antithesis of expression, can be expressive in the sense that a moment's silence on November 11 conveys a meaning. This Court in *Irwin Toy* put it thusly at p. 969:

It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have

soient entièrement ou partiellement formés de paroles ou d'un autre mode d'expression. La nature et l'étendue de l'interdiction ou de la restriction doivent dans chaque cas être examinées pour déterminer l'admissibilité constitutionnelle. Dans bien des cas, l'objet sous-jacent de la disposition en cause est de première importance.

... il ne faut pas définir trop largement les frontières du domaine réglementé de façon à y faire entrer ou à y confiner la plus grande part des interdictions ou restrictions criminelles apportées à la liberté de parole ou aux autres modes d'expression. Agir ainsi a l'effet inévitable de réduire non seulement le champ du domaine non réglementé mais également la portée de la liberté fondamentale elle-même.

Sans trancher la question de façon définitive, je suis d'avis que tout au moins une loi édictant qu'il y a infraction lorsque l'on transmet une signification ou un message, si déplaisant ou impopulaire soit-il, par une forme d'expression traditionnelle comme l'écrit, les paroles ou l'art, doit être considérée comme restreignant la liberté d'expression et doit être justifiée, si possible, par l'article premier de la *Charte*. Cette méthode est conforme à la conception large et globale de la sphère d'activités protégées par la liberté d'expression que notre Cour a adoptée explicitement. Cependant, par la même occasion, elle permet d'exclure une série restreinte de formes d'activités du champ d'application de l'al. 2b).

Il est évident que presque toute l'activité humaine comporte à la fois des éléments expressifs et physiques. Par exemple, le fait de s'asseoir exprime le désir de ne pas rester debout. Même le silence, l'antithèse apparente de l'expression, peut être expressif en ce sens qu'une minute de silence le 11 novembre transmet une signification. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour l'a ainsi formulé à la p. 969:

Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si

expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(b) challenge would proceed.

It may appear that this approach would open the door for a murderer or a rapist for example to argue that his activity should be protected under s. 2(b) of the *Charter* because it seeks to convey a meaning or message. A political assassination is a good example. But as I have already noted this Court has rejected the view that such activity is constitutionally protected. In my view these forms of expression, if they can be called that, are unlike the traditional forms of writing, speaking and art to name a few. The unprotected forms involve direct acts of violence and often involve direct attacks on the physical integrity and liberty of another. It is not without significance that most if not all of these violent forms of expression have been criminalized by Parliament. I pause to reiterate that criminalization is not the acid test of whether the activity is protected by s. 2(b). Where what has been criminalized is the conveyance of a message, however distasteful or unpopular, which is conveyed in a non-violent form of expression then it is protected by s. 2(b), and the onus then shifts to the state to justify the restriction on freedom of expression. Without deciding the merits of each individual case it may be that a number of our *Criminal Code* offences that aim at restricting the content or form of expression may have to bear the scrutiny of a s. 1 analysis.

I wish to underscore that delineating a principled approach to interpreting the scope of such fundamental freedoms as expression is an extremely difficult and delicate task. This Court must be sensitive to the imperative of interpreting the rights guaranteed to individuals by the *Charter* broadly and generously so as to ensure that our citizens receive the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time the Court must be mindful of the concerns of the community as a whole as expressed by our legislators. This Court has, correctly in my view, opted for a broad,

cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b).

a Cette attitude peut sembler permettre à l'auteur d'un meurtre ou d'un viol, par exemple, de prétendre que son activité devrait être protégée en vertu de l'al. 2b) de la *Charte* parce qu'il tente de transmettre un message. L'assassinat politique est un bon exemple. Mais comme je l'ai déjà souligné, notre Cour a rejeté le point de vue que cette activité est protégée par la Constitution. À mon avis, ces formes d'expression, si tant est qu'on puisse les appeler ainsi, sont différentes des modes traditionnels d'expression que sont l'écriture, le discours et l'art pour n'en nommer que quelques-uns. Les formes non protégées concernent des actes de violence directs et sont souvent des attaques directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne. Ce n'est pas un hasard si le Parlement a fait de la plupart sinon de la totalité de ces formes d'expression violentes des crimes. Je m'arrête pour répéter que le fait que l'activité a été criminalisée n'est pas le critère absolu pour déterminer si l'activité est protégée par l'al. 2b). Si ce qui est criminel est la transmission d'un message, si déplaisant ou impopulaire soit-il, sous une forme d'expression non violente, la protection de l'al. 2b) joue et il revient alors à l'État de justifier la restriction de la liberté d'expression. Sans me prononcer sur le bien-fondé de chaque cas individuel, si se peut qu'un certain nombre d'infractions prévues au *Code criminel* qui visent à restreindre le contenu ou la forme d'expression aient à franchir l'étape de l'analyse en vertu de l'article premier.

b Je tiens à souligner que l'élaboration de règles de principe pour interpréter le champ d'application de libertés aussi fondamentales que la liberté d'expression est une tâche extrêmement difficile et délicate. Notre Cour doit être consciente qu'il faut interpréter les droits garantis aux individus dans la *Charte* de façon large et généreuse pour assurer que nos citoyens reçoivent toute la protection de la *Charte*. Notre Cour doit être en même temps consciente des préoccupations de la société en général telles qu'elles sont formulées par nos législateurs. À mon avis, c'est à bon droit que notre

inclusive approach to defining the scope of s. 2(b) of the *Charter*. Exactly what forms of expression will be excluded from s. 2(b) protection is an open question that will be settled on an ongoing basis by this Court as it deals with future cases. It is sufficient to here reiterate that all content of expression is protected while the set of forms that will not receive protection is narrow and includes direct attacks by violent means on the physical liberty and integrity of another person.

With this general background in mind I would now like to set out in summary form the method of analysis that has been developed for freedom of expression cases:

1. *The First Step: Is the Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?*

In short, this step involves an assessment of two questions. The first is does the activity have expressive content? If the activity conveys or attempts to convey a meaning then of course it has expressive content and is, therefore, protected under s. 2(b) of the *Charter*. If it does not have this expressive content then it is not protected and the inquiry ends at this stage.

The second question is even if the activity has expressive content, is the form through which the content is conveyed protected by s. 2(b) of the *Charter*? Most forms of expression are protected and the mere fact that a form has been criminalized does not take it beyond the reach of *Charter* protection. If, however, expressive content is conveyed through a violent form that directly attacks the physical liberty and integrity of another person, such as murder or sexual assault, then it is not protected by s. 2(b).

2. *The Second Step: Is the Purpose or Effect of the Government Action to Restrict Freedom of Expression?*

Once it has been determined that the activity falls within the protected sphere of freedom of expression, it next must be decided whether the purpose or effect of the impugned governmental

Cour a retenu une conception large et globale pour définir la portée de l'al. 2b) de la *Charte*. La question de savoir précisément quelles formes d'expression seront exclues de la protection de l'al. 2b) recevra une réponse cas par cas selon les instances qui seront présentées à notre Cour. Il suffit de répéter ici que tout contenu d'expression est protégé alors que la catégorie des formes d'expression qui ne sont pas protégées est restreinte et comprend les atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne par des moyens violents.

Dans ce cadre d'analyse, je voudrais maintenant décrire dans ses grandes lignes la méthode d'analyse qui a été élaborée pour les affaires relatives à la liberté d'expression:

1. *La première étape: l'activité fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?*

Brièvement, cette question consiste à déterminer si l'activité a un contenu expressif. Si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et, par conséquent, elle est protégée en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*. Si elle ne possède pas ce contenu expressif, elle n'est pas protégée et l'enquête prend fin à cette étape.

Si l'activité a un contenu expressif, la question suivante est de savoir si la forme par laquelle le contenu est transmis est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. La plupart des formes d'expression sont protégées et le simple fait qu'une forme d'expression soit criminelle ne l'exclut pas du champ de protection de la *Charte*. Cependant, si le contenu expressif est transmis par une forme violente qui porte directement atteinte à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne, comme le meurtre ou l'agression sexuelle, la protection de l'al. 2b) ne joue pas.

2. *La deuxième étape: l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est-il de restreindre la liberté d'expression?*

Une fois décidé que l'activité relève de la sphère protégée de la liberté d'expression, il faut ensuite décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale contestée était de contrôler la transmis-

action was to control attempts to convey meaning through that activity. If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of freedom of expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits freedom of expression. In the latter case the governmental action would be restricting a form of expression tied to content, as for example would a rule against handing out pamphlets, even if the restriction purports to control litter. In sum, if the government's purpose is to restrict attempts to convey a meaning there has been a limitation by law of s. 2(b) and a s. 1 analysis is required to determine if the law is inconsistent with the provisions of the Constitution.

In the case where the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still determine if the effect of the government action restricts freedom of expression. In such a case the burden is on the plaintiff to demonstrate that the effect occurred. In doing so this Court has held in *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 976-77, that the plaintiff must state the claim with reference to the following principles and values underlying the freedom: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In demonstrating that the effect of a government's action was to restrict freedom of expression, a plaintiff would have to show how the activity promotes at least one of these values. I hasten to reiterate that the precise articulation of what kinds of activities promote these values is a matter for judicial appreciation to be developed on an ongoing basis. If the effect of the government

sion d'une signification par cette activité. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la liberté d'expression. Dans le dernier cas, l'action gouvernementale restreindrait une forme d'expression liée au contenu, ce qui serait le cas par exemple d'une règle qui interdit la distribution de tracts, même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. En résumé, si l'objet du gouvernement était de restreindre la transmission d'une signification, la loi a apporté une restriction à l'al. 2b) et il faut déterminer en vertu de l'article premier si la loi est incompatible avec les dispositions de la Constitution.

Si le but poursuivi par le gouvernement n'est pas de contrôler ou de restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a pour effet de restreindre la liberté d'expression. Dans un tel cas, il appartient au demandeur d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 976 et 977, que le demandeur doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur doit établir que son activité favorise au moins une de ces valeurs. Je m'empresse d'ajouter que la délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces valeurs relève évidemment d'un

action does restrict one's freedom of expression, then a recourse to a s. 1 analysis is necessary.

VIII. Application to the Case at Bar

There is no question, in my view, that the purpose of s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* is to restrict a particular range of content of expression in the name of certain state objectives. The section prohibits the communication of, or the attempt to communicate, a commercial message to any member of the public. This Court has already stated that commercial expression is protected by s. 2(b) of the *Charter*. As we stated in *Ford, supra*, at pp. 766-67:

Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

This view was reiterated in *Irwin Toy, supra*. The impugned section of the *Code* aims at restricting commercial expression in perhaps its purest form. The section prohibits the communication of one person to another, in public, of information relating to the exchange of certain services for money. The prohibition is not just a "time, place or manner" restriction. Rather, it aims specifically at content. The prohibited communication relates to a particular message sought to be conveyed, namely the communication for the purpose of engaging in prostitution. Most often this type of communication involves an offer and an acceptance. The offer is in respect of certain sexual services and the acceptance occurs when a price has been agreed upon for the service. It should be noted, in addition, that the act for which the communication takes place, namely the exchange of sexual services for money, is not itself illegal. There is no question therefore of forming a contract for an unlawful purpose. Moreover, it seems apparent from the substantial body of material filed in respect of a potential s. 1 analysis that the purported mischief at which the provision aims is the harm caused by the message itself. Furthermore, this provision not only restricts freedom of

examen judiciaire qui doit être fait cas par cas. Si l'action gouvernementale apporte effectivement une restriction à la liberté d'expression d'une personne, il faut alors recourir à l'article premier.

^a VIII. Application à l'espèce

À mon avis, il ne fait pas de doute que l'objet de l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* est de restreindre un type particulier de contenu d'expression au nom de certains objectifs de l'État. L'article interdit de communiquer ou de tenter de communiquer un message commercial à tout membre du public. Notre Cour a déjà affirmé que l'expression commerciale est protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Comme nous l'avons affirmé dans l'arrêt *Ford*, précité, aux pp. 766 et 767:

Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

^e Cette opinion est répétée dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité. L'article contesté du *Code* vise à restreindre l'expression commerciale dans ce qui est peut-être sa forme la plus pure. L'article interdit à une personne de communiquer à une autre, en public, des renseignements concernant certains services offerts en échange d'argent. L'interdiction n'est pas seulement une restriction qui se rapporte «aux heures, à l'endroit ou à la manière». Elle vise spécifiquement le contenu. La communication interdite se rapporte à un message particulier que l'on tente de transmettre, c'est-à-dire la communication pour des fins de prostitution. Le plus souvent, ce type de communication comporte une offre et une acceptation. L'offre porte sur certains services sexuels et l'acceptation se produit lorsqu'un prix est convenu pour les services. En outre, il convient de souligner que l'acte visé par la communication, c'est-à-dire l'offre de services sexuels en échange d'argent, n'est pas en soi illégal. Il ne s'agit donc pas de former un contrat dans un but illicite. De plus, la documentation considérable produite aux fins d'un examen éventuel en vertu de l'article premier semble indiquer que le méfait visé par la disposition serait le préjudice causé par le message lui-même. De plus, non seule-

expression directly by restricting the content of expression, but also restricts access by others to the message being conveyed by prohibiting the one attempting to convey the message from doing so. Therefore, I conclude that s. 195.1(1)(c) of the *Code* restricts freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, in that the section aims at prohibiting a particular content of expression and at prohibiting access to the message sought to be conveyed.

In respect of s. 193 of the *Code*, I understand the argument of the Contradictor added by the order of the Chief Justice of Manitoba to be as follows. He submits that s. 2(b) of the *Charter* is violated by the combination of ss. 193 and 195.1(1)(c) because the effect of s. 193 is to make it illegal to carry on the trade of prostitution at a fixed location. The only option for the prostitute is to seek out and solicit clients in public, which is made illegal by s. 195.1(1)(c). In sum then, there does not seem to be an independent attack on s. 193. In view of the position I have taken on the question of whether s. 195.1(1)(c) restricts freedom of expression, there is no need to rely on the role of s. 193 to reach the conclusion that a freedom under the *Charter* has been restricted. Therefore, since s. 195.1(1)(c) restricts freedom of expression, it falls to be justified, if possible, under s. 1 of the *Charter*.

IX. Section 1 Analysis

Freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* is guaranteed as a fundamental freedom. Its importance and its value are surely beyond question, and have been recognized by this Court long before the adoption of the *Charter*. I refer, for example, to the words of Rand J. in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, where he stated that freedom of expression was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence". It must be recognized, however, that despite the singular importance of freedom of expression, it is subject to limitations under s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 has been well established by this Court in a number of cases, the pivotal one being *R. v. Oakes*, *supra*. In order to

ment, la disposition restreint directement la liberté d'expression en restreignant le contenu de l'expression, mais elle restreint aussi l'accès des autres au message transmis en interdisant à celui qui tente de le transmettre de le faire. Par conséquent, je conclus que l'al. 195.1(1)c) du *Code* restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* parce que l'alinéa vise à interdire un contenu particulier d'expression et à interdire l'accès au message que l'on tente de transmettre.

En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, voici comment je comprends l'argument de l'opposant ajouté par ordonnance du Juge en chef du Manitoba. Il soutient que l'effet combiné de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c) viole l'al. 2b) de la *Charte* parce que l'effet de l'art. 193 est de rendre illégal l'exercice de la prostitution dans un endroit fixe. La seule option du prostitué est de chercher et de solliciter les clients en public, ce qui est illégal en raison de l'al. 195.1(1)c). En résumé donc, on ne semble pas contester l'art. 193 séparément. Compte tenu de mon avis sur la question de savoir si l'al. 195.1(1)c) restreint la liberté d'expression, il n'est pas nécessaire de faire intervenir le rôle de l'art. 193 pour conclure qu'on a restreint une liberté prévue à la *Charte*. Puisque l'al. 195.1(1)c) restreint la liberté d'expression, il doit, si possible, être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

IX. L'examen en vertu de l'article premier

La liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte* est garantie en tant que liberté fondamentale. Son importance et sa valeur ne font certainement pas de doute et ont été reconnues par notre Cour bien avant l'adoption de la *Charte*. Par exemple, le juge Rand, dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, a affirmé que la liberté d'expression est [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu». Il faut cependant reconnaître que malgré l'importance particulière de la liberté d'expression, celle-ci peut être limitée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La procédure à suivre lorsque l'État tente de justifier en vertu de l'article premier une limite qu'il apporte à un droit ou à une liberté a été établi par notre Cour dans plusieurs arrêts, le plus

establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two criteria must be established. First, the legislative objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The objective must be pressing and substantial before it can be characterized as sufficiently important to justify the restriction on the right or freedom. Second, once a sufficiently important objective is established, the party seeking to invoke s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This involves a "proportionality test". In this part of the test, courts balance the interests of society with those of individuals and groups. There are three important components to the proportionality test: (1) the measures adopted must be rationally connected to the achievement of the objective in question; they must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations, (2) the means chosen, even if rationally connected to the objective, must impair as little as possible the right and freedom in question, and (3) there must be a proportionality between the effects of the measures responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as being pressing and substantial. In respect of the last component of the test, Dickson C.J. stated in *Oakes*, *supra*, at p. 140, that "[t]he more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society".

The Legislative Objective

Both the appellants concede in their factums that s. 195.1(1)(c) as a whole attempts to address a substantial and pressing societal concern, specifically the mischief caused by street soliciting. In my view, however, it is necessary for the application of s. 1 of the *Charter* to this case to outline in

important étant l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères. Premièrement, l'objectif législatif que visent à servir les mesures qui limitent un droit ou une liberté garantis par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. L'objectif doit être urgent et réel pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important pour justifier la restriction du droit ou de la liberté. Deuxièmement, quand il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit établir que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette démarche comporte l'application d'un «critère de proportionnalité». À cette étape-ci, les tribunaux soupèsent les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. Le critère de proportionnalité comporte trois éléments importants: (1) les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question; elles ne doivent être ni arbitraires ni inéquitables ni fondées sur des considérations irrationnelles; (2) à supposer même qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et (3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif qualifié d'urgent et de réel. En ce qui concerne ce dernier volet du critère, le juge en chef Dickson a affirmé dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, que «[p]lus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Objectif législatif

Les appelants reconnaissent dans leurs mémoires que l'al. 195.1(1)(c) dans son ensemble tente de viser une préoccupation sociale urgente et réelle, plus précisément le méfait que cause la sollicitation de rue. À mon avis cependant, il est nécessaire pour l'application de l'article premier de la *Charte*

some depth exactly what mischief the legislation aims at. This is necessary to properly measure the means adopted by the legislators against the objective at which they aim.

To fully appreciate the purposes underlying the impugned section it would be helpful to first review the recent history of prostitution legislation. As I have noted above, prostitution itself is not a crime in Canada. Our legislators have instead, chosen to attack prostitution indirectly. The *Criminal Code* contains many prohibitions relating to the act of taking money in return for sexual services. Among the offences that relate to prostitution are the bawdy-house provisions, the procuring and pimping provisions, as well as other more general offences that indirectly have an impact on prostitution related activities; for example provisions such as disturbing the peace. In my view, these laws indicate that while on the face of the legislation the act of prostitution is not illegal, our legislators are indeed aiming at eradicating the practice. This rather odd situation wherein almost everything related to prostitution has been criminalized save for the act itself gives one reason to ponder why Parliament has not taken the logical step of criminalizing the act of prostitution. Many theories have been offered as a response to this question, but it seems to me that one possible answer is that, as a carryover of the Victorian Age, if the act itself had been made criminal, the gentleman customer of a prostitute would have been also guilty as a party to the offence. That situation has now been rectified in that the section reaches out to the customers of prostitutes, although the act itself is still not illegal.

At one point in our history, specifically between the years 1869-1972, our legislation made prostitution a "status offence". This was accomplished through the use of vagrancy laws such as the one that appeared in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 175(1)(c):

en l'espèce d'examiner plus à fond en quoi consiste exactement le méfait visé par la loi. Cela est nécessaire pour évaluer correctement les moyens choisis par le législateur en regard de l'objectif que visent les mesures.

Pour bien comprendre l'objet sous-jacent de l'article contesté, il serait utile de revoir d'abord l'histoire récente de la législation en matière de prostitution. Comme je l'ai déjà dit, la prostitution en soi n'est pas un crime au Canada. Notre législateur a préféré s'attaquer indirectement à la prostitution. Le *Code criminel* contient plusieurs interdictions relatives à l'action d'accepter de l'argent en contrepartie de services sexuels. On retrouve parmi les infractions qui se rapportent à la prostitution les dispositions sur les maisons de débauche, les dispositions sur les souteneurs ainsi que d'autres infractions plus générales qui ont des répercussions indirectes sur les activités accessoires de la prostitution; par exemple, des dispositions sur le fait de troubler la paix. À mon avis, ces dispositions législatives indiquent que, bien que selon la lettre de la loi la prostitution elle-même ne soit pas illégale, notre législateur vise effectivement à supprimer la pratique. Cette situation plutôt étrange où presque tout ce qui se rapporte à la prostitution est considéré comme une infraction, sauf l'acte lui-même, nous autorise à nous demander pourquoi le Parlement n'a pas logiquement décidé de criminaliser la prostitution elle-même. Plusieurs théories ont été proposées pour répondre à cette question, mais il me semble qu'une réponse possible est que la mentalité victorienne ne pouvait admettre que si l'acte lui-même était rendu criminel, le client d'une prostituée serait aussi coupable comme partie à l'infraction. Cette situation est maintenant corrigée parce que l'article vise également les clients des prostituées bien que l'acte lui-même ne soit toujours pas illégal.

À une époque de notre histoire, plus précisément entre les années 1869 et 1972, la prostitution a été considérée comme une «infraction d'état» dans nos lois, par le recours aux dispositions législatives sur le vagabondage comme celle qui figurait dans le *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à l'al. 175(1)c):

(c) being a common prostitute or night walker is found in a public place and does not, when required, give a good account of herself;

That provision was repealed by S.C. 1972, c. 13, s. 12, and was replaced by a law based on the concept of "solicitation". The new s. 195.1 made it a summary conviction offence to solicit any person in a public place for the purpose of prostitution. Courts differed on the interpretation of the term "solicit" until this Court's decision in *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476. In that case Spence J., speaking for the majority, held at p. 482 that in order to be seen as a crime, "soliciting" had to be "pressing or persistent". In support of this conclusion Spence J. had occasion to pass comment on the purpose underlying this section of the *Code*, at p. 484:

Section 195.1 is enacted in Part V which is entitled "DISORDERLY HOUSES, GAMING AND BETTING". Offences in reference to all three of these subject-matters are offences which do contribute to public inconvenience or unrest and . . . Parliament was indicating that what it desired to prohibit was a contribution to public inconvenience or unrest.

In light of this decision, law enforcement officials indicated that the control of street prostitution was made very difficult if not impossible. In 1983, the federal government established the Special Committee on Pornography and Prostitution, hereinafter referred to as the Fraser Committee, to study the problem of street prostitution and to report to the Minister of Justice. The Fraser Committee reported its findings in 1985, and concluded that prostitution was a social problem that required both legal and social reforms. The Committee recommended that s. 195.1 be repealed, and that the nuisance aspect of street prostitution be dealt with via amendments to the sections of the *Code* in respect of disorderly conduct. The legislative response came in the form of Bill C-49 which was passed in December of 1985, and which established the current provision of the *Code* that is under constitutional scrutiny in the case at bar.

c) étant une fille publique ou coureuse de nuit, est trouvée dans un endroit public et, lorsqu'elle en est requise, ne rend pas à son sujet un compte satisfaisant;

a Cette disposition a été abrogée par S.C. 1972, ch. 13, art. 12, et remplacée par une loi fondée sur la notion de «solicitation». Selon le nouvel art. 195.1, est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit public, sollicite une personne à des fins de prostitution. Les tribunaux étaient partagés quant à l'interprétation du terme «sollicite» jusqu'à ce que cette Cour se prononce dans l'arrêt *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476. Dans cet arrêt, le juge Spence, au nom de la majorité, a conclu, à la p. 482, que pour être considérée comme un crime, la «solicitation» devait correspondre à l'idée de «presser ou insister». À l'appui de cette conclusion, le juge Spence a pu présenter des remarques sur l'objet sous-jacent de cet article du *Code*, à la p. 484:

L'article 195.1 se trouve dans la Partie V intitulée «MAISONS DE DÉSORDRE, JEUX ET PARIS». Les infractions relatives à ces trois matières peuvent effectivement gêner le public ou engendrer le désordre et [. . .] le Parlement visait à empêcher toute manifestation susceptible de gêner le public ou d'engendrer le désordre.

f À la lumière de cet arrêt, les responsables de l'application de la loi ont indiqué que le contrôle de la prostitution de rue était devenu très difficile sinon impossible. En 1983, le gouvernement fédéral a constitué un Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, ci-après appelé le Comité Fraser, pour étudier le problème de la prostitution de rue et faire rapport au ministre de la Justice. Le Comité Fraser a déposé son rapport en 1985 et a conclu que la prostitution est un problème social qui nécessite des réformes législatives et sociales. Le Comité a recommandé que l'art. 195.1 soit abrogé et que l'aspect nuisance de la prostitution de rue soit traité par des modifications aux articles du *Code* concernant la conduite désordonnée. La réponse législative a pris la forme du projet de loi C-49 qui a été adopté en décembre 1985 et dans lequel on retrouve la disposition actuelle du *Code* qui fait l'objet de l'examen constitutionnel en l'espèce.

One of the primary objectives of the s. 195.1(1)(c) is to curb the nuisances caused by the public or "street" solicitation of prostitutes and their customers. These nuisances include impediments to pedestrian and vehicular traffic, as well as the general confusion and congestion that is accompanied by an increase in related criminal activity such as possession and trafficking of drugs, violence and pimping. The nuisance aspect of the law, as it relates to traffic problems, is not, however, its only objective. There are many activities that are carried on that cause nuisance in the form of obstructing pedestrian and vehicular traffic. In this case however we are dealing with a particular form of activity that brings with it other associated criminal activity, and which, as the Ontario Advisory Council on the Status of Women states, is at its most basic level a form of slavery. In a brief prepared in 1984 entitled *Pornography and Prostitution*, the Advisory Council had the following to say in respect of prostitution:

There is a real victim in prostitution—the prostitute herself. All women, children and adolescents are harmed for prostitution

Prostitution functions as a form of violence against women and young persons. It is certainly a blatant form of exploitation and abuse of power Prostitution is related to the traditional dominance of men over women. The various expressions of this dominance include a concept of women as property and the belief that the sexual needs of men are the only sexual desires to be given serious consideration. Prostitution is a symptom of the victimization and subordination of women and of their economic disadvantage.

I note that while prostitution is an activity in which both men and women participate, the data indicates that women overwhelmingly outnumber men as sellers of sexual services. In my view part of the legislative objective in enacting s. 195.1(1)(c) is to give law enforcement officials a way of controlling prostitution that occurs in the "street" as it were. It is in the street that many prostitutes begin in the trade as young runaways from home. The streets provide an environment for

L'un des principaux objectifs de l'al. 195.1(1)c) est de mettre un frein à la nuisance qu'entraîne la sollicitation dans un endroit public ou la sollicitation «de rue» entre les prostitués et leurs clients.

^a Par nuisance, on entend notamment les obstacles à la circulation des piétons et des automobiles ainsi que la confusion et les encombrements qui sont accompagnés d'une augmentation d'activités criminelles connexes comme la possession et le trafic de stupéfiants, la violence et les activités des souteneurs. L'aspect nuisance lié aux problèmes de circulation n'est cependant pas le seul objectif de la loi. Beaucoup d'activités causent une nuisance parce qu'elles constituent des obstacles à la circulation des passants et des véhicules. En l'espèce cependant, nous traitons d'une forme d'activité particulière à laquelle sont associées d'autres activités criminelles connexes et qui, comme l'affirme ^c le Conseil consultatif de l'Ontario sur le statut de la femme, constitue fondamentalement une forme d'esclavage. Dans un document de 1984 intitulé *Pornography and Prostitution*, le Conseil consultatif a affirmé ce qui suit en matière de prostitution:

[TRADUCTION] Il y a une vraie victime de la prostitution la prostituée elle-même. Les femmes, les enfants et les adolescents sont violentés pour la prostitution [. . .]

^f La prostitution est une forme de violence contre les femmes et les jeunes personnes. C'est certainement une forme d'exploitation et d'abus de pouvoir flagrante [. . .] La prostitution se rapporte à la domination que les hommes ont traditionnellement exercée sur les femmes. Les diverses expressions de cette domination comprennent le fait de concevoir la femme comme un objet et de croire que les besoins sexuels des hommes sont les seuls désirs qui méritent d'être pris sérieusement en considération. La prostitution est un symptôme des représailles exercées à l'égard des femmes, de leur subordination et de leur situation économique désavantageuse. ^h

Je note que, si la prostitution est une activité à laquelle participe les hommes et les femmes, les statistiques indiquent clairement que, comme vendeurs de services sexuels, les femmes sont considérablement plus nombreuses que les hommes. À mon avis, un aspect de l'objectif législatif dans l'adoption de l'al. 195.1(1)c) était de donner aux responsables de l'application de la loi un moyen de contrôler la prostitution «de rue» telle qu'elle existait. C'est dans la rue que beaucoup de jeunes

pimps and procurers to attract adults (usually, as the data shows, women) and adolescents into the trade by befriending them and often offering them short-term affection and economic assistance. Quite often, it is the young who are most desirable to pimps as they bring in the most money and are the easiest to control. This leads ultimately to a relationship of dependency which is often reinforced by the pimp getting the prostitute addicted to drugs which are used to exercise control over the prostitute. In that process the pimp's control over the prostitute is such that physical violence and in some cases brutality is not uncommon. Prostitution, in short, becomes an activity that is degrading to the individual dignity of the prostitute and which is a vehicle for pimps and customers to exploit the disadvantaged position of women in our society. In this regard the impugned section aims at minimizing the public exposure of this degradation especially to young runaways who seek refuge in the streets of major urban centres, and to those who are exposed to prostitution as a result of the location of their homes and schools in areas frequented by prostitutes and who may be initially attracted to the "glamorous" lifestyle as it is described to them by the pimps. Further, it is not just the exposure to potential entrants into the trade that is of concern to the legislators. An additional aspect of the objective of minimizing public exposure of prostitution, is the fact that many persons who are not interested in prostitution are often propositioned either as prostitutes or prospective customers.

In sum then, I find that the legislative objectives of the section go beyond merely preventing the nuisance of traffic congestion and general street disorder. There is the additional objective of minimizing the public exposure of an activity that is degrading to women with the hope that potential entrants in the trade can be deflected at an early stage and of restricting the blight that is associated with public solicitation for the purposes of prostitution.

prostitués apprennent le métier après s'être enfuis de chez eux. La rue est un environnement qui permet aux souteneurs et aux entremetteurs d'attirer des adultes (le plus souvent des femmes, selon les statistiques) et des adolescents vers la prostitution en devenant leurs amis et en leur offrant souvent une affection et une assistance économique de courte durée. Très souvent, ce sont les jeunes que les souteneurs préfèrent parce qu'ils rapportent plus d'argent et sont plus faciles à contrôler. Cette situation conduit en fin de compte à une relation de dépendance qui est souvent renforcée quand le souteneur encourage la toxicomanie pour exercer un contrôle. Dans ce processus, le contrôle du souteneur sur la prostituée est tel que la violence physique et la brutalité ne sont pas rares. En résumé, la prostitution devient une activité qui avilit la dignité personnelle de la prostituée et permet aux souteneurs et aux clients d'exploiter la position désavantagée de la femme dans notre société. À cet égard, l'article contesté vise à éviter la vue de cette dégradation au public et particulièrement aux jeunes fugueurs qui cherchent refuge dans les rues des grands centres urbains, ainsi qu'à ceux qui sont exposés à la prostitution parce que leur domicile et leur école se trouvent dans des zones fréquentées par les prostitués et qui peuvent au départ être attirés par le style de vie «séduisant» que leur décrivent les souteneurs. En outre, le législateur n'est pas seulement préoccupé par le fait que la prostitution soit exposée à la vue de nouvelles recrues éventuelles du métier. Un autre aspect de l'objectif de réduire le spectacle public de la prostitution est le fait que de nombreuses personnes qui ne sont aucunement intéressées par le commerce de prostitution sont souvent abordées comme prostitués ou comme clients éventuels.

En résumé donc, je pense que les objectifs législatifs de l'article ne sont pas de simplement prévenir les encombrements de la circulation et le désordre général dans la rue. Il y a l'autre objectif qui consiste à minimiser le spectacle public d'une activité qui est dégradante pour les femmes, dans l'espoir que de nouvelles recrues éventuelles pour le métier en soient détournées assez tôt, et à restreindre la déchéance associée à la sollicitation publique à des fins de prostitution.

Much evidence has been filed in this appeal to support the legislative objectives that I have briefly outlined above. I find especially instructive the materials filed and referred to by the Attorney General for Ontario who intervened in this matter, which include Minutes from the Legislative Committee on Bill C-49, various working papers prepared by the Department of Justice, sociological material on the demographics of prostitution, and *viva voce* evidence given before Provincial Court Judge Bernhard in the case of *R. v. Smith*, the Ontario case dealing with s. 195.1(1)(c) of the *Code*. Therefore, as conceded by the appellants, I find that s. 195.1(1)(c) of the *Code* does address pressing and substantial concerns, specifically the curbing of nuisances caused by the public solicitation of prostitution, the curbing of related criminal activity such as the possession and trafficking of drugs, violence and pimping, the curbing of the exposure of street solicitation to uninterested pedestrians and property owners and the curbing of the exposure to potentially vulnerable and impressionable young people of what is in many respects a degrading, exploitive and, in some cases, dangerous activity.

Proportionality Test

1. Rational Connection

The first component of the proportionality test demands that the measures adopted must be carefully designed to achieve the legislative objective; they ought not to be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. There must, in other words, be a link or nexus based on and in accordance with reason, between the measures enacted and the legislative objective. In my view, the scheme set out in s. 195.1 of the *Code* is rationally connected to the objectives of curbing nuisances and related criminal activities associated with public solicitation of prostitution. Parliament has sought, by criminalizing certain conduct that produces the nuisances and mischief noted above, to reduce or limit the mischief thereby created. Regulating or prohibiting the cause is at least one method of controlling its effects. A piece of legisla-

Une preuve abondante a été produite dans ce pourvoi à l'appui des objectifs législatifs que je viens d'exposer brièvement. Je trouve particulièrement révélateurs les documents déposés et mentionnés par le procureur général de l'Ontario, intervenant en l'espèce, documents parmi lesquels on trouve les comptes rendus du Comité législatif sur le projet de loi C-49, différents documents de travail préparés par le ministère de la Justice, des documents sociologiques sur les statistiques concernant la prostitution et des dépositions faites devant le juge Bernhard de la Cour provinciale de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Smith*, qui portait sur l'al. 195.1(1)(c) du *Code*. Par conséquent, comme le reconnaissent les appelants, je conclus que l'al. 195.1(1)(c) du *Code* vise des préoccupations urgentes et réelles, et plus précisément qu'il vise à réduire les nuisances causées par la sollicitation en public à des fins de prostitution, les activités criminelles connexes, comme la possession et le trafic de stupéfiants, la violence et les activités des souteneurs, à éviter aux passants et aux propriétaires d'être exposés à la sollicitation de rue et enfin à empêcher que des jeunes personnes vraisemblablement vulnérables et impressionnables soient exposées à une activité qui constitue à plusieurs égards une exploitation dégradante et, dans certains cas, dangereuse.

Critère de proportionnalité

1. Le lien rationnel

Le premier élément du critère de proportionnalité exige que les mesures adoptées soient soigneusement conçues pour atteindre l'objectif législatif; elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. En d'autres termes, il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures adoptées et l'objectif législatif. À mon avis, le régime établi à l'art. 195.1 du *Code* a un lien rationnel avec les objectifs qui consistent à réduire les nuisances et les activités criminelles associées à la sollicitation en public à des fins de prostitution. En rendant criminelles certaines conduites qui entraînent les nuisances et le méfait mentionnés précédemment, le Parlement a tenté de réduire ou de restreindre le méfait ainsi causé. La réglementation ou l'interdiction de la cause est au moins une méthode de contrôle de ses effets. À

tion that proceeds upon such a premise does, in my view, exhibit a rational connection between the measures and the objective. I do pause to note, however, that the appellants correctly point out that the act of soliciting by a single prostitute or customer may not by itself produce a nuisance. But this argument, with respect, misses the point that the legislation is designed to prevent the congregation of prostitutes and customers in the streets. It is the cumulative effect of this congregation that produces the nuisance and blight, and as such each act of soliciting contributes to the mischief. Therefore, I am of the view that s. 195.1(1)(c) is rationally connected to the legislative objective.

2. The Limit Should Impair as Little as Possible

In order to comply with the second component of the proportionality test, the means chosen to achieve the objective should impair as little as possible the right or freedom in issue. This Court has recognized, however, that courts should not substitute a judicial opinion for a legislative one in respect of where to draw a precise line as to what is a reasonable limit. As the Chief Justice stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 783:

... it is not the role of this Court to devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable.

The current version of s. 195.1 was passed by Parliament after the proclamation of the *Charter*. During the lengthy consideration of how to deal with the problem of street solicitation, it is apparent from the record that various alternatives were explored and certainly *Charter* considerations were adverted to and raised. See for example Chapter 3 of the Fraser Committee report and the debates in the House of Commons and before the Legislative Committee in respect of Bill C-49. What is at issue then, is whether there is some reasonable alternative scheme which would allow the government to achieve its objective with fewer detrimental effects on the freedom: *Edwards Books and Art*, *supra*, per Dickson C.J., at pp. 772-73. This is a reminder

mon avis, une loi qui se fonde sur une telle pré-misse fait état d'un lien rationnel entre les mesures et l'objectif. Je m'arrête cependant pour souligner que les appelants ont correctement fait ressortir que la sollicitation par un seul prostitué ou client peut en soi ne pas causer de nuisance. Mais, avec égards, cet argument ne tient pas compte du fait que la loi est conçue pour prévenir les rassemblements de prostitués et de clients dans les rues. C'est l'effet cumulatif de ces rassemblements qui cause la nuisance et la déchéance et, à cet égard, chaque acte de sollicitation contribue au méfait. Par conséquent, je suis d'avis que l'al. 195.1(1)c) a un lien rationnel avec l'objectif législatif.

2. L'atteinte minimale au droit ou à la liberté

Pour respecter le deuxième élément du critère de proportionnalité, les moyens choisis pour parvenir à l'objectif devraient porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Notre Cour a cependant reconnu que les tribunaux ne devraient pas substituer leur opinion à celle du législateur pour établir précisément ce qui constitue une limite raisonnable. Comme le Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 783:

... il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables.

Le Parlement a adopté le texte actuel de l'art. 195.1 après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Il ressort clairement du dossier qu'au cours des longues discussions sur la façon de régler le problème de la sollicitation de rue, différents moyens ont été envisagés et il est certain que des questions fondées sur la *Charte* ont été examinées et soulevées. Par exemple, voir le chapitre 3 du rapport du Comité Fraser et les débats de la Chambre des communes et du Comité législatif sur le projet de loi C-49. Ce qu'il faut alors décider, c'est s'il existe un autre moyen raisonnable qui permettrait au gouvernement d'atteindre son objectif en portant moins atteinte à la liberté: *Edwards Books and Art*, précité, le juge en chef Dickson, aux pp. 772 et

that the legislator should be given adequate scope to address, in a practical way, the pressing and substantial objectives facing it.

I note at the outset that street solicitation in the context of prostitution is a criminal law matter. Attempts by provincial governments and municipalities to deal with the problem have been found to be constitutionally infirm. For example, see this Court's decision in *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43. Therefore, if legislation is to be used to address the problem it would, from a division of powers perspective, have to come from the federal government in its capacity to legislate in the area of criminal law.

A determination of the degree of the impairment of the section on the freedom in question is not a purely theoretical exercise. The assessment of the impairment should have regard for the nature of the incursion and the context in which it takes place. In terms of s. 195.1(1)(c), there is not a complete impairment of freedom of expression. There is no doubt that the section applies to all forms of communication. It is however, limited to those forms used in a public place or a place open to public view. The impairment is additionally restricted by subject-matter; only communications made for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute are prohibited. The appellants have submitted that the section is not proportionate to the legislative objective because it is too broad. In this regard I wish to adopt the reasoning of Kerans J.A. of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Jahelka*; *R. v. Stagnitta*, *supra*, at pp. 115-16, a case that also dealt with the constitutionality of s. 195.1(1)(c):

It was also argued for the respondents that the reach of the legislation is overly broad in that it strikes at any communication for the purposes of prostitution, and not just a communication between a prostitute and a prospective customer. It is said, for example, that two friends can be guilty under the section if one asks the other where a prostitute might be found

In my view, the respondents are guilty of putting an exaggerated interpretation on a law in order to subject it

773. Il faut rappeler que le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour répondre de façon pratique aux objectifs urgents et réels auxquels il fait face.

^a Je souligne au départ que la sollicitation de rue dans le cadre de la prostitution est une question qui relève du droit criminel. Les mesures prises par des gouvernements provinciaux et des municipalités pour régler le problème ont été jugées inconstitutionnelles; voir, par exemple, l'arrêt de notre Cour *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43. Par conséquent, s'il faut une loi pour régler le problème, cette loi devrait, compte tenu du partage des compétences, provenir du gouvernement fédéral dans l'exercice de sa compétence législative en matière de droit criminel.

^d La détermination du degré d'atteinte à la liberté n'est pas un exercice purement théorique. L'évaluation de l'atteinte devrait tenir compte de la nature de l'incursion et du contexte dans lequel elle a lieu. En ce qui concerne l'al. 195.1(1)c), la liberté d'expression n'est pas totalement annihilée. ^e Il ne fait pas de doute que l'article vise toutes les formes de communication. Il se limite cependant aux formes d'expression utilisées dans un endroit public ou un endroit à la vue du public. L'atteinte est de plus restreinte par l'objet de la communication; seules les communications dans le but de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels d'un prostitué sont interdites. Les appelants ont soutenu que la mesure législative n'est pas proportionnée à l'objectif législatif parce qu'elle est trop large. À cet égard, j'adopte le raisonnement du juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Jahelka*; *R. v. Stagnitta*; précité, aux pp. 115 et 116, un arrêt qui traite également de la constitutionnalité de l'al. 195.1(1)c):

ⁱ [TRADUCTION] On a également soutenu au nom des intimés que la portée de la loi est trop large en ce qu'elle interdit toute communication à des fins de prostitution et pas seulement une communication entre un prostitué et un client éventuel. Par exemple, on affirme que deux amis peuvent être déclarés coupables d'avoir contrevenu à l'article si l'un demande à l'autre où il peut trouver un prostitué . . .

^j À mon avis, les intimés sont coupables de présenter une interprétation exagérée d'une loi en vue d'en contes-

to constitutional attack. The purpose of this legislation is acknowledged. It is not to prohibit talk about prostitution. It is to proscribe street-hawking by prostitutes and their customers. In my view, the proper interpretation of this criminal statute is that it applies only to a communication from a common prostitute to a member of the public with a view to her or his prostitution or, alternatively, by a member of the public to another, whom he or she thinks to be a common prostitute, for the purpose of engaging his or her sexual services. I agree with Alberta that the adoption of the words 'for the purpose of obtaining the services of a prostitute' was employed for no purpose other than that both customers and prostitutes be guilty and to avoid the pitfalls attached to a word like 'offer'. So understood, the provision is not overly broad.

Shortly stated then, the impairment of freedom of expression is limited by place and purpose. It is only when the communication occurs in a context wherein the proscribed place and purpose coincide that the section becomes engaged and the freedom, correspondingly, is impaired. Communications for the purpose of prostitution that take place other than in public do not fall within the section, and communications in public that are not, strictly speaking, for the purpose of engaging the services of a prostitute are similarly not within the proscription. This link between place and purpose in the legislation is reflective of the tailoring of the means used to the legislative objective of preventing the mischief that is produced by the public solicitation of sexual services. The focus placed by the section on communications in public for the purpose of prostitution reaches the precise activity from which the harm aimed at flows. In this regard I quote from the Sixteenth Report of the Criminal Law Revision Committee in the United Kingdom entitled *Prostitution in the Street* (1984), at p. 4:

What the law should be concerned with are offers, whether made by men or women, in circumstances which can cause a nuisance. We say "can cause a nuisance" because an act of soliciting by a single prostitute or kerb crawler does not necessarily amount to a nuisance; but when prostitutes and clients congregate in numbers, as commonly occurs, there is no doubt that this does amount to a nuisance. In this sense every act of soliciting has in it the potential for causing a nuisance.

ter la constitutionnalité. L'objet de cette loi est connu. Le but n'est pas d'interdire les propos sur la prostitution. C'est d'interdire la sollicitation de rue par les prostitués et leurs clients. À mon avis, l'interprétation appropriée de cette loi de nature criminelle est qu'elle s'applique seulement à la communication entre un prostitué et un membre du public en vue de la prostitution ou, subsidiairement, entre un membre du public et un autre qu'il croit être un prostitué en vue d'obtenir des services sexuels. Je conviens avec l'Alberta que l'adoption de l'expression «dans le but de retenir les services sexuels d'une personne» avait pour seul but de faire en sorte que les clients et les prostitués soient coupables et de prévenir les pièges d'un terme comme «offre». Comprise de cette façon, la disposition n'est pas trop large.

En résumé, l'atteinte à la liberté d'expression est limitée par l'endroit et l'objet. Ce n'est que lorsque la communication a lieu dans un contexte où l'endroit et l'objet interdits coïncident que l'article entre en jeu et qu'il y a alors atteinte à la liberté. Les communications à des fins de prostitution qui ont lieu dans un endroit qui n'est pas public ne sont pas visées non plus par l'article, de même que les communications en public qui ne sont pas à proprement parler engagées dans le but de retenir les services d'un prostitué ne sont pas visées par l'interdiction. Ce lien dans la loi entre l'endroit et l'objet montre que l'on a adapté les moyens utilisés à l'objectif législatif qui consiste à prévenir le méfait causé par la sollicitation publique de services sexuels. L'insistance que met l'article sur les communications en public aux fins de prostitution touche exactement l'activité qui est à l'origine du méfait visé. À cet égard, je cite un extrait du seizième rapport du Criminal Law Revision Committee du Royaume-Uni intitulé *Prostitution in the Street* (1984), à la p. 4:

[TRADUCTION] La loi devrait se préoccuper des offres, qu'elles soient faites par des hommes ou par des femmes, dans des circonstances qui peuvent causer une nuisance. Nous disons «peuvent causer une nuisance» parce que l'acte de sollicitation d'un seul prostitué ou dragueur ne constitue pas nécessairement une nuisance; mais lorsque les prostitués et les clients se rassemblent, comme il arrive souvent, il ne fait pas de doute que cela crée une nuisance. En ce sens, tout acte de sollicitation peut éventuellement être à l'origine d'une nuisance.

But if the law is made too Draconian or enforced insensitively or women who are not prostitutes are mistakenly arrested and charged as such the public may regard the law as a danger to personal liberty. In our opinion the law should be directed against the prostitutes who ply their trade in the streets and against men who cause nuisance in the course of looking for prostitutes or who cause fear when soliciting for sexual purposes.

In my view then, the section at issue does impair freedom of expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. Parliament was faced with a myriad of views and options from which to choose in respect of dealing with the problem of street solicitation for the purpose of prostitution. The role of this Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by our legislators. Prostitution, and specifically, the solicitation for the purpose thereof, is an especially contentious and at times morally laden issue, requiring the weighing of competing political pressures. The issue for this Court to determine is not whether Parliament has weighed those pressures and interests wisely, but rather whether the limit they have imposed on a *Charter* right or freedom is reasonable and justified. Parliament chose to enact s. 195.1 to deal with what was clearly viewed as a pressing and substantial social problem. It has done so in a way that is rationally connected to the legislative objective, and furthermore in a way that has specific regard for the place and purpose of the communication, thereby demonstrating a concern for limiting the impairment of expression to that which is minimally necessary to achieve the objective. Therefore, I conclude that s. 195.1(1)(c) satisfies the first two components of the proportionality test under s. 1 of the *Charter*.

3. Proportionality Between Effects and Objective

The final element to be satisfied under the s. 1 analysis requires that there be a proportionality between the effects of the measures which limit the *Charter* right or freedom and the objective or purpose that animates the legislation. The more severe the damaging effects of the measure, the more important the underlying objective must be

Mais si la loi est trop radicale, si elle est appliquée indifféremment ou si des femmes qui ne sont pas des prostituées sont arrêtées par erreur et accusées à ce titre, le public peut considérer la loi comme un danger à la liberté personnelle. À notre avis, la loi devrait viser les prostitués qui exercent leur métier dans la rue et les personnes qui créent des nuisances dans leur quête de prostitués ou qui suscitent des craintes lorsqu'ils font de la sollicitation à des fins sexuelles.

À mon avis, l'article en cause porte atteinte aussi peu que possible à la liberté d'expression en vue de parvenir à l'objectif législatif. Le Parlement avait à sa disposition une multitude d'opinions et d'options pour s'attaquer au problème de la sollicitation sur la rue à des fins de prostitution. Le rôle de cette Cour n'est pas d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. La prostitution, et plus précisément la sollicitation en vue de la prostitution, est une question particulièrement controversée et, par moment, chargée d'éléments moraux, qui exige de soupeser des pressions politiques contradictoires. La question que notre Cour doit trancher n'est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu'il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte* est raisonnable et justifiée. Le Parlement a choisi d'adopter l'art. 195.1 pour s'attaquer à ce qui était clairement perçu comme un problème social urgent et réel. Il l'a fait d'une façon qui a un lien rationnel avec l'objectif législatif, et qui plus est d'une façon qui tient expressément compte de l'endroit et de l'objet de la communication, démontrant ainsi sa volonté de limiter l'atteinte à l'expression à ce qui était strictement nécessaire pour atteindre l'objectif. Par conséquent, je conclus que l'al. 195.1(1)c répond aux deux éléments du critère de proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte*.

3. La proportionnalité entre les effets et l'objectif

Le dernier élément exigé dans l'examen en vertu de l'article premier est la proportionnalité entre les effets des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif ou l'objet qui justifie la loi. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif sous-jacent doit être important pour être valide du point de vue

in order to be constitutionally justified. If the effects of the measure on individuals or groups are wholly out of proportion with the legislative objective, the limitation cannot be one that is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

The section at issue seeks only to prevent the congregation of prostitutes and their customers in public in the interests of avoiding the creation of public nuisance and to limit the exposure of prostitution and related activities such as pimping to uninterested individuals and specifically to young people who may be attracted to the lure of juvenile prostitution, an activity that is in effect degrading and exploitive. Prostitution itself is not proscribed, nor is its solicitation in private. In addition it cannot be said that Canada's response to the problem is out of step with international responses. In fact, the Fraser Committee noted in its review of foreign legislation, that some jurisdictions, specifically the United States, have adopted regimes that are draconian by our standards: see Chapter 38 of the Fraser Committee report.

In assessing the proportionality between the effects of a measure and the objective a further criterion to consider is "the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society": *R. v. Oakes, supra*, at pp. 139-40. In *Oakes* the Chief Justice noted the essential elements of a free and democratic society at p. 136:

... respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

I conclude, in view that the extent of the restriction on freedom of expression is limited to place and purpose, that the impact on these integral principles of a free and democratic society is minimal. There is no doubt, as I have noted previously, that freedom of expression is of primary importance to our free and democratic society. It is precisely for that reason that this Court has adopted a liberal and generous interpretation of the

constitutionnel. Si les effets de la mesure sur des individus ou des groupes sont tout à fait hors de proportion avec l'objectif législatif, la limite n'est pas raisonnable et sa justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article en question cherche seulement à empêcher le rassemblement en public des prostituées et de leurs clients afin de prévenir la création de nuisances publiques et limiter le déploiement de la prostitution et des activités connexes, comme les activités de souteneurs, à la vue d'individus qui ne sont pas intéressés et surtout de jeunes personnes qui pourraient être attirées par la prostitution juvénile, une activité qui est en réalité une exploitation dégradante. La prostitution en soi n'est pas interdite ni la sollicitation en privé. De plus, on ne peut pas dire que la réaction du Canada face au problème s'écarte des réactions d'autres pays. En fait, le Comité Fraser a souligné dans son examen de la législation étrangère que certains ressorts, les États-Unis plus précisément, ont adopté des régimes draconiens par rapport à nos normes: voir le chapitre 38 du rapport du Comité Fraser.

Dans l'évaluation de la proportionnalité entre les effets d'une mesure et l'objectif, un autre critère à considérer est le «degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique»: *R. c. Oakes*, précité, aux pp. 139 et 140. Dans l'arrêt *Oakes*, le Juge en chef a mentionné les éléments essentiels d'une société libre et démocratique, à la p. 136:

... le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Puisque l'étendue de la restriction apportée à la liberté d'expression se limite à l'endroit et à l'objet, je conclus que les répercussions sur ces principes fondamentaux d'une société libre et démocratique sont minimales. Comme je l'ai déjà souligné, il ne fait pas de doute que la liberté d'expression revêt une importance primordiale dans notre société libre et démocratique. C'est précisément pour cette raison que notre Cour a adopté une interprétation

scope of s. 2(b) of the *Charter*. It is also the case, however, that in weighing the serious social harms caused by public solicitation for the purpose of prostitution against the restriction on expression, I find that the challenged section is not disproportionate with its effects. In addition, it should be noted that concerns about the wisdom or effectiveness of the section have been taken into account by Parliament. The Act that amended the *Criminal Code* to enact the current s. 195.1 includes within it s. 2 which mandates that a comprehensive review of the provisions is to be undertaken by a committee of the House of Commons three years from the date of enactment, with a report on the review to be tabled in the House of Commons including a statement of any changes the committee recommends: see S.C. 1985, c. 50, s. 2. In summary then, when one weighs the nature of the legislative objective against the extent of the restriction on the freedom in question, there is no disproportionality.

X. Conclusion in Respect of s. 1

Section 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* is designed to achieve an objective of sufficient importance that warrants overriding a constitutionally protected freedom. In addition, the means chosen by Parliament are rationally connected to the objective, impair the freedom as little as possible, and are in proportion to the objective. Therefore, s. 195.1(1)(c) is a limit that is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, and the last constitutional question should be answered accordingly.

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

Question 1. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

large et généreuse de la portée de l'al. 2b) de la *Charte*. Cependant, c'est également pour cette raison que, après avoir soupesé les graves problèmes sociaux que cause la sollicitation en public à des fins de prostitution par rapport à la restriction apportée à la liberté d'expression, je conclus que l'article contesté n'est pas disproportionné dans ses effets. En outre, il convient de souligner que le Parlement a tenu compte des préoccupations exprimées quant à la sagesse et l'efficacité de l'article. La loi qui a modifié le *Code criminel* et édicté l'art. 195.1 actuel prévoit à son art. 2 qu'un examen complet des dispositions doit être fait par un comité de la Chambre des communes trois ans après son entrée en vigueur et que ce comité doit remettre un rapport accompagné, s'il y a lieu, des modifications qu'il recommande à la Chambre: voir S.C. 1985, ch. 50, art. 2. En résumé donc, lorsque l'on soupèse la nature de l'objectif législatif en regard de l'étendue de la restriction apportée à la liberté en question, il n'y a pas de disproportion.

X. Conclusion quant à l'article premier

L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* a été conçu en fonction d'un objectif suffisamment important pour prévaloir sur une liberté garantie par la Constitution. En outre, les moyens choisis par le Parlement ont un lien rationnel avec l'objectif, ils portent le moins possible atteinte à la liberté et sont proportionnels à l'objectif. Par conséquent, l'al. 195.1(1)c) est une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il faut donc répondre à la dernière question constitutionnelle en conséquence.

Je rejetterais le pourvoi et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 3. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not have to be answered.

Question 5. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 6. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, except to the extent that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* restricts s. 2 (b) of the *Charter*.

Question 7. If s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada or a combination of both or any part thereof are inconsistent with either s. 7 or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights and freedoms protected by s. 7 or s. 2(b) of the *Charter* be justified under s. 1 of the *Charter* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: To the extent that s. 195.1(1)(c) restricts s. 2(b) of the *Charter*, it is a reasonable and demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Lamer. I

Question 3. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Question 5. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 6. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, sauf dans la mesure où l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* constitue une restriction à l'al. 2b) de la *Charte*.

Question 7. Si l'article 193 ou l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* du Canada ou la combinaison de ces deux dispositions ou d'une partie de celles-ci sont incompatibles avec l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure, s'il y a lieu, de telles restrictions aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 2b) de la *Charte* peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, ne pas être incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Dans la mesure où l'al. 195.1(1)c) est une restriction à l'al. 2b) de la *Charte*, elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer aux fins de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge

propose to approach the issues in a different order. I will deal first with the question whether s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, or a combination of both violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether either one or a combination of both can be justified under s. 1 as a reasonable limit or limits on s. 2(b) and thereafter with the question whether either or a combination of both of these sections violates s. 7 of the *Charter* and, if so, whether either one or a combination of both can be justified under s. 1 as a reasonable limit or limits on s. 7.

For ease of reference I reproduce here the two provisions of the *Criminal Code* (as they were numbered at the time of the appeal) that are under attack:

193. (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(2) Every one who

(a) is an inmate of a common bawdy-house,

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

(a) stops or attempts to stop any motor vehicle,

(b) impedes the free flow of pedestrian or vehicular traffic or ingress to or egress from premises adjacent to that place, or

(c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Lamer. J'ai l'intention d'aborder les questions dans un ordre différent. Je vais d'abord déterminer si l'art. 193 ou l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, ou leur effet combiné viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si l'une de ces dispositions ou la combinaison des deux peut être justifiée en vertu de l'article premier comme une limite raisonnable à l'al. 2b). Ensuite, j'examinerai si l'une de ces dispositions ou la combinaison des deux viole l'art. 7 de la *Charte* et, le cas échéant, si l'une de ces dispositions ou la combinaison des deux peut être justifiée en vertu de l'article premier comme une limite raisonnable à l'art. 7.

Pour faciliter les renvois, je reproduis ici les deux dispositions contestées du *Code criminel* (selon la numérotation à l'époque du pourvoi):

193. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque

a) habite une maison de débauche,

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche, ou

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

195.1 (1) Est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre:

a) soit arrête ou tente d'arrêter un véhicule à moteur;

b) soit gêne la circulation des piétons ou des véhicules, ou l'entrée ou la sortie d'un lieu contigu à cet endroit;

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit communique ou tente de communiquer avec elle.

(2) In this section, “public place” includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view.

While I have reproduced the whole of s. 195.1 in order to provide the context of the section it is important to note that only para. (c) of s. 195.1(1) is actually under attack.

1. Sections 193 and 195.1(1)(c) of the Code and s. 2(b) of the Charter

(i) *Section 2(b) of the Charter*

My colleague, Justice Lamer, has reviewed some of this Court’s observations in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, concerning the underlying rationale for the protection of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. I agree with him that these cases stand for the proposition that activities cannot be excluded from the scope of the guarantee on the basis of the content or meaning conveyed. I do not find it necessary, however, to decide in this case which forms of expression, if any, or which types of message, if any, do not fall under the protection of s. 2(b). I confine myself to the form and content which is before us and the question whether or not it is protected.

This Court stated in *Ford* at p. 764:

The post-*Charter* jurisprudence of this Court has indicated that the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* is not to be confined to political expression. In holding, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, that secondary picketing was a form of expression within the meaning of s. 2(b) the Court recognized that the constitutional guarantee of freedom of expression extended to expression that could not be characterized as political expression in the traditional sense but, if anything, was in the nature of expression having an economic purpose.

The Court went on to stress that given “the earlier pronouncements of this Court to the effect that the

(2) Au présent article, «endroit public» s’entend notamment de tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite; y est assimilé tout véhicule à moteur situé dans un endroit soit public soit situé à la vue du public.

J’ai reproduit tout l’art. 195.1 pour faire ressortir le contexte de l’article, mais il faut bien souligner que seul l’al. c) du par. 195.1(1) est contesté.

1. L’article 193 et l’al. 195.1(1)c) du Code et l’al. 2b) de la Charte

(i) *L’alinéa 2b) de la Charte*

Mon collègue le juge Lamer a passé en revue certaines remarques de notre Cour dans les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, concernant les fondements de la protection de la liberté d’expression à l’al. 2b) de la *Charte*. Je partage son avis que ces arrêts appuient le principe selon lequel des activités ne peuvent être exclues du champ d’application de la garantie en raison du contenu ou du message transmis. Cependant je n’estime pas nécessaire de décider en l’espèce quelles formes d’expression, le cas échéant, ou quels types de messages, s’il en est, ne relèvent pas de la protection de l’al. 2b). Je me limite à la forme et au contenu en cause ici et à la question de savoir s’ils sont protégés.

Notre Cour a affirmé dans l’arrêt *Ford*, à la p. 764:

Selon les arrêts rendus par cette Cour depuis l’entrée en vigueur de la *Charte*, la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* ne se limite pas à l’expression politique. En concluant dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, que le piquetage secondaire constituait une forme d’expression au sens de l’al. 2b), la Cour a reconnu que la liberté d’expression garantie par la Constitution englobait une forme d’expression qui ne pouvait être qualifiée d’expression politique au sens traditionnel mais qui était plutôt de la nature d’une expression ayant un but économique.

Cet arrêt souligne ensuite qu’étant donné que notre Cour «a déjà affirmé à plusieurs reprises que

rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*": see *Ford* at pp. 766-67.

In *Irwin Toy* this Court recapitulated what it had said in *Ford* and *Devine* and stated at p. 974:

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression.

I believe we see in this case a good example of government's attempt to deal with the harmful consequences of expressive activity, not by dealing directly with those consequences, but by placing constraints on the meaning sought to be conveyed by the expressive activity. Rather than deal directly with the variety of harmful consequences which the Attorney General of Canada and others submit ultimately flow from the communicative act, s. 195.1(1)(c) prohibits the communicative act itself in the hope that this will put an end to such consequences. To paraphrase this Court's observations in *Irwin Toy*, this is not a case in which the government has sought to control the physical consequences of certain human activity regardless of the meaning being conveyed. Rather, this is a case where the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out meanings that are not to be conveyed in the hope that this will deal with the physical consequences emanating from expressive activity that carries the prohibited meaning.

This approach has obvious weaknesses. Section 195.1(1)(c) does not make clear the harmful consequences that it is designed to control. Nor

les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*»: voir *Ford*, aux pp. 766 et 767.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a récapitulé ce que disaient les arrêts *Ford* et *Devine* et a affirmé, à la p. 974:

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression.

J'estime que la présente affaire est un bon exemple d'une tentative du gouvernement de traiter des conséquences nuisibles de l'activité d'expression, non pas en traitant directement de ces conséquences, mais en imposant des restrictions au message que l'on tente de transmettre par l'activité d'expression. Au lieu de traiter directement des diverses conséquences nuisibles qui, selon le procureur général du Canada et d'autres, découlent finalement de l'acte de communication, l'al. 195.1(1)c) interdit l'acte de communication lui-même en espérant éliminer ces conséquences. Pour paraphraser les remarques de notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*, il ne s'agit pas d'un cas où le gouvernement a tenté de contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines sans tenir compte du message transmis. Il s'agit plutôt d'un cas où l'objet du gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages qui ne doivent pas être transmis, dans l'espoir de mettre ainsi fin aux conséquences matérielles découlant de l'activité d'expression qui véhicule le message interdit.

Cette méthode comporte évidemment des faiblesses. L'alinéa 195.1(1)c) n'indique pas clairement les conséquences nuisibles qu'il vise à contrô-

does it limit the range of instances in which the expressive activity will be prohibited by requiring a link between the expressive activity and the harmful consequences. More precisely, s. 195.1(1)(c) does not require that the Crown show that the expressive act in a given case is in fact likely to lead to undesired consequences such as noise or traffic congestion. Instead, the provision prohibits all communicative acts for the purpose of engaging in prostitution or obtaining the sexual services of a prostitute that take place in public regardless of whether a given communicative act gives rise to harmful consequences or not.

The provision prohibits persons from engaging in expression that has an economic purpose. But economic choices are, in my view, for the citizen to make (provided that they are legally open to him or her) and, whether the citizen is negotiating for the purchase of a Van Gogh or a sexual encounter, s. 2(b) of the *Charter* protects that person's freedom to communicate with his or her vendor. Where the state is concerned about the harmful consequences that flow from communicative activity with an economic purpose and where, rather than address those consequences directly, the content of communicative activity is proscribed, then the provision must, in my view, be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* if it is to be upheld.

With respect to s. 193 of the *Code*, I do not see how the provision can be said to infringe the guarantee of freedom of expression either on its own or in combination with s. 195.1(1)(c). In my view, only s. 195.1(1)(c) limits freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. I do not believe that "expression" as used in s. 2(b) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house.

ler. Il ne restreint pas non plus la gamme de cas où l'activité d'expression sera interdite par l'exigence d'un lien entre l'activité d'expression et les conséquences nuisibles. Plus précisément, l'al. 195.1(1)(c) n'exige pas que la Couronne établisse que l'acte d'expression dans une situation donnée risque réellement de mener à des conséquences indésirables comme le bruit ou les encombrements de la circulation. La disposition interdit plutôt tous les actes de communication en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels de prostitués qui ont lieu en public sans égard à la question de savoir si un acte précis de communication donne lieu à des conséquences nuisibles.

La disposition interdit à des personnes de recourir à une expression qui comporte un objet économique. Or, c'est au citoyen qu'il appartient à mon avis de faire les choix économiques (dans la mesure où ils sont licites) et, que le citoyen négocie l'achat d'un Van Gogh ou les services sexuels de quelqu'un, l'al. 2b) de la *Charte* protège la liberté de cette personne de communiquer avec le vendeur. Lorsque l'État se préoccupe des conséquences nuisibles qui découlent de l'activité de communication qui comporte un objet économique et lorsque, au lieu de traiter directement de ces conséquences, interdit le contenu de l'activité de communication, j'estime alors que, pour être maintenue, la disposition doit être justifiée comme limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, je ne vois pas comment on peut affirmer que cette disposition, seule ou combinée avec l'al. 195.1(1)(c), porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression. À mon avis, seul l'al. 195.1(1)(c) limite la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Je ne crois pas que le terme «expression», tel qu'il est utilisé à l'al. 2b) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche.

(ii) *Parliament's Objective in Passing s. 195.1(1)(c)*

The parties and interveners in this appeal and the related appeals in *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226, and *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, made a number of submissions with respect to the legislative objective underlying s. 195.1 in general and s. 195.1(1)(c) in particular. These may be grouped into three categories of gradually widening scope.

(1) Nuisance in the Streets

The appellant Stagnitta and the respondent Skinner give s. 195.1(1)(c) its narrowest interpretation. They submit that the objective underlying the legislation is the protection of the public's right to the unobstructed use of the streets and sidewalks. They do, however, acknowledge that the legislation may also be designed to prevent citizens from being disrupted in their enjoyment of public residential areas by activities incidental to street soliciting.

(2) Social Nuisance

In the overwhelming majority of submissions made to the Court it was claimed that the objective of the legislation was the control of a "social" nuisance. The Attorney General of Canada submitted that s. 195.1 as a whole was designed, not just to deal with the interference by prostitutes and their customers of the citizens' use of public places, but also to address the secondary effects of street soliciting. These secondary effects, which were in his view the primary motivation for the legislation, included "all night noise, traffic congestion, trespass, reduced property values and other adverse consequences". The specific focus of s. 195.1(1)(c), on the other hand, was to deal with the "precise activity from which all the harm flows", namely street solicitation. The appellants and the respondent in this appeal are all in substantial agreement with this submission although they obviously differ with respect to whether the impugned provision is an acceptable way in which to achieve the stated objective.

(ii) *L'objectif du Parlement dans l'adoption de l'al. 195.1(1)c*

Les parties et les intervenants dans ce pourvoi et dans les pourvois connexes *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226, et *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, ont présenté plusieurs arguments quant à l'objectif que poursuivait le législateur dans l'adoption de l'art. 195.1 en général et l'al. 195.1(1)c en particulier. Ces arguments peuvent être regroupés dans trois catégories de portée croissante.

(1) La nuisance dans les rues

L'appelante Stagnitta et l'intimé Skinner ont donné à l'al. 195.1(1)c l'interprétation la plus stricte. Ils soutiennent que l'objectif sous-jacent de la loi est de protéger le droit du public à l'usage sans entrave des rues et des trottoirs. Ils reconnaissent cependant que la loi peut également avoir pour but d'éviter que les citoyens soient troublés dans leur jouissance de zones résidentielles publiques par les activités accessoires à la sollicitation de rue.

(2) La nuisance sociale

Dans la très grande majorité des arguments présentés à la Cour, on a soutenu que l'objet de la loi était de contrôler une nuisance «sociale». Le procureur général du Canada a soutenu que, pris comme un tout, l'art. 195.1 n'avait pas seulement pour but de traiter de la gêne causée par les prostituées et leurs clients dans l'usage par les citoyens des lieux publics, mais également des effets secondaires de la sollicitation de rue. Ces effets secondaires, qui, à son avis, sont à l'origine de la loi, comprennent [TRADUCTION] «le bruit pendant la nuit, la congestion de la circulation, la violation de propriété, la diminution de valeur des propriétés et d'autres conséquences préjudiciables». Par ailleurs, l'objet précis de l'al. 195.1(1)c était de traiter de [TRADUCTION] «l'activité qui était à l'origine de tous les maux», c'est-à-dire la sollicitation de rue. Les appelants et l'intimé dans ce pourvoi sont largement d'accord sur cet argument mais leurs opinions diffèrent évidemment quant à la question de savoir si la disposition contestée est un moyen acceptable d'atteindre l'objectif visé.

The Attorneys General for Alberta and Saskatchewan cover similar ground. They agree that "[t]he objective of s. 195.1(1) of the *Criminal Code* is to deal with the problem of bartering for sexual services in public places" and they point to a list of "harms" which they say the legislation seeks to prevent—the harassment of women, street congestion, noise, decreased property values, adverse effects on businesses, increased incidents of violence, and the impact of street soliciting on children who cannot avoid seeing what goes on.

The Attorney General of British Columbia also submits that s. 195.1(1)(c) is specifically designed to deal with the harms caused by the "act of the prostitute in conveying his or her message". The provision seeks to prevent neighbourhoods lapsing into "total disintegration". The Attorney General of Nova Scotia states that Parliament wished to protect the public from "impeded pedestrian and vehicular traffic, the indignity of being propositioned, exposure of children to the vices of adults, viewing the actions and hearing the communications related to prostitution in "a public place"".

I think it important to emphasize, however, that those whose submissions fall into this broader category of "social" nuisance do not claim that the aim of the legislation is to prohibit prostitution. Rather, they submit that it seeks to prohibit sales of sexual services from taking place in the public domain. The Attorney General of Manitoba, the respondent in this appeal, notes that the legislation does not purport to prevent prostitution-related activities in circumstances where no public nuisance is created. The Attorney General of Canada states that "Parliament did not seek to suppress solicitation, but only to remove it from the public areas where it was creating the obvious harm". The Attorney General of Nova Scotia acknowledges that prostitution is not a criminal offence and that "s. 195.1(1)(c) is not intended to eradicate prostitution but focuses on the undesirability of bringing prostitution into the public forum".

Les procureurs généraux de l'Alberta et de la Saskatchewan traitent de ces mêmes questions. Ils reconnaissent que [TRADUCTION] «[l']objet du par. 195.1(1) du *Code criminel* est de traiter du problème du racolage dans les endroits publics» et ils mentionnent une liste de «maux» qu'à leur avis la loi tente de prévenir—le harcèlement des femmes, la congestion de la circulation, le bruit, la diminution de valeur des propriétés, les effets néfastes sur les commerces, l'augmentation des actes de violence et les répercussions de la sollicitation de rue sur les enfants qui ne peuvent éviter d'en être témoins.

Le procureur général de la Colombie-Britannique soutient également que l'al. 195.1(1)(c) est conçu précisément pour traiter des maux causés par les [TRADUCTION] «actes des prostitués qui transmettent leur message». La disposition cherche à empêcher la [TRADUCTION] «désintégration totale» de certains quartiers. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse affirme que le Parlement a voulu protéger le public contre les [TRADUCTION] «obstacles à la circulation des piétons et des automobiles, le caractère offensant d'une sollicitation, la possibilité que des enfants soient témoins des vices des adultes, ou qu'ils voient les actions et entendent les communications liées à la prostitution dans «un endroit public» ».

Toutefois, je crois qu'il est important de souligner que ceux dont les prétentions relèvent de cette catégorie plus large des nuisances «sociales» ne prétendent pas que l'objet de la loi est d'interdire la prostitution. Ils prétendent plutôt qu'elle tente d'interdire la vente de services sexuels dans des endroits publics. Le procureur général du Manitoba, l'intimé dans ce pourvoi, souligne que la loi ne vise pas à interdire les activités liées à la prostitution lorsqu'elles ne créent pas de nuisances publiques. Le procureur général du Canada affirme que [TRADUCTION] «le Parlement n'a pas tenté de supprimer la sollicitation, mais seulement de l'écarter des endroits publics où elle est réellement préjudiciable». Le procureur général de la Nouvelle-Écosse reconnaît que la prostitution n'est pas une infraction criminelle et que [TRADUCTION] «l'al. 195.1(1)(c) n'a pas pour but d'éliminer la prostitution mais porte sur les conséquences

Hence the characterization of the legislative objective as a "social" rather than a strictly legal nuisance.

(3) Prostitution-Related Activities

The Attorney General for Ontario goes further than any other Attorney General who presented submissions in this appeal and in *Stagnitta* and *Skinner*. He submits that s. 195.1 is designed to deal with a much wider array of problems associated with prostitution including violence, drug addiction, crime and juvenile prostitution. While he agrees that the legislation is aimed at many of the aspects of public nuisance discussed by his colleagues, he points out that the legislation is also directed to drug addiction and juvenile prostitution because of the risk that young children who are exposed to street soliciting will be drawn into the world of drugs and prostitution.

Which characterization of Parliament's objective seems most accurate? Lamer J. appears to have been persuaded by the position taken by the Attorney General for Ontario. He concludes that the legislation is an attack on prostitution, albeit an indirect one, and that part of the legislative objective sought to be achieved through s. 195.1(1)(c) was to give law enforcement officials a way of controlling prostitution in the streets. He points out that "[t]he streets provide an environment for pimps and procurers to attract adults (usually, as the data shows, women) and adolescents into the trade by befriending them and often offering them short-term affection and economic assistance" (pp. 1193-94). He agrees with the Attorney General for Ontario's submission that it is the young who are most desirable to pimps as they bring in the most money and are the easiest to control. Young girls become dependent on pimps and are often manipulated through the use of drugs. Physical violence may result. My colleague concludes that prostitution is degrading to the individual dignity of the prostitute and a vehicle for pimps and customers to exploit the disadvantaged position of women in our society. Thus, Lamer J. finds that the legislature's objective goes beyond preventing congestion in the streets and sidewalks; it has the additional objective of

indésirables de son exercice dans les endroits publics». D'où la dimension «sociale» plutôt que strictement juridique de la nuisance visée par la législation.

^a (3) Les activités liées à la prostitution

^b Le procureur général de l'Ontario va plus loin que les autres procureurs généraux qui ont présenté des arguments dans ce pourvoi et dans les pourvois *Stagnitta* et *Skinner*. Il soutient que l'art. 195.1 a pour but de traiter d'un éventail beaucoup plus large de problèmes liés à la prostitution, notamment la violence, la toxicomanie, le crime et la prostitution juvénile. Bien qu'il reconnaisse que ^c la loi vise nombre d'aspects de nuisance publique présentés par ses collègues, il souligne que la loi vise également la toxicomanie et la prostitution juvénile en raison du risque que de jeunes enfants ^d exposés à la sollicitation de rue soient attirés dans le monde de la drogue et de la prostitution.

Quelle dimension semble le mieux décrire l'objectif du Parlement? Les arguments présentés par ^e le procureur général de l'Ontario semblent avoir convaincu le juge Lamer. Il conclut que la loi s'attaque à la prostitution, bien que de façon indirecte, et que l'objectif du législateur à l'al. 195.1(1)(c) était en partie de fournir aux responsables de l'application de la loi un moyen de contrôler la prostitution dans les rues. Il souligne que ^f «[l]a rue est un environnement qui permet aux souteneurs et aux entremetteurs d'attirer des adultes (le plus souvent des femmes selon les statistiques) et des adolescents vers la prostitution en devenant leurs amis et en leur offrant souvent une affection et une assistance économique de courte durée» (p. 1194). Il est d'accord avec l'argument ^g du procureur général de l'Ontario que ce sont des jeunes filles que les souteneurs préfèrent parce qu'elles rapportent plus d'argent et sont plus faciles à contrôler. Les jeunes filles développent une relation de dépendance avec leur souteneur et sont ^h souvent manipulées par l'usage de drogues. Il peut en résulter une violence physique. Mon collègue conclut que la prostitution est une activité qui avilit la dignité personnelle de la prostituée et ⁱ permet aux souteneurs et aux clients d'exploiter la position désavantagée de la femme dans notre société. Le juge Lamer conclut donc que l'objectif

restricting the entry of young girls into an activity that is degrading to women and is associated with drugs, crime and physical abuse.

While I do not disagree with my colleague that prostitution is, for the reasons he gives, a degrading way for women to earn a living, I cannot agree with his conclusion that s. 195.1(1)(c) of the *Code* attempts to address that problem. With the exception of the Attorney General for Ontario, the parties and interveners in this appeal and in *Skinner* and *Stagnitta* were unanimously of the view that the legislation does not seek to deal with prostitution *per se* but is directed only at the public or social nuisance aspect of the sale of sexual services in public. Indeed, the Attorneys General of Canada, Nova Scotia and Manitoba went out of their way to emphasize that s. 195.1(1) does not prohibit prostitution which remains a perfectly legal activity. It does not even prohibit solicitation; it only prohibits solicitation in public places. In my view, the wording of s. 195.1(1) in general and s. 195.1(1)(c) in particular supports that view.

But if the legislative objective was not to criminalize prostitution *per se*, which of the narrower objectives did Parliament have in mind? In my view, it is once again important to look to the wording of the impugned section. While ss. 195.1(1)(a) and (b) refer to activities that "stop any motor vehicle" or that impede "the free flow of pedestrian or vehicular traffic", s. 195.1(1)(c) refers not just to stopping persons (although it does include that) but to communicating or attempting to communicate with persons. Accordingly, activities caught by s. 195.1(1)(c) need not result in the kinds of problems addressed in ss. 195.1(1)(a) and (b). It was not alleged, for example, in either *Stagnitta* or *Skinner* that the accuseds' activities had impeded traffic or led to congestion. The accuseds were simply charged with communicating in a public place for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute. While the circumstances in which charges are laid under the

du législateur ne se limite pas seulement à prévenir les encombrements dans les rues et sur les trottoirs; l'autre objectif est d'empêcher que des jeunes filles s'engagent dans une activité qui est dégradante pour les femmes et qui est associée à la drogue, au crime et à la violence physique.

Tout en étant d'accord avec mon collègue que la prostitution est, pour les raisons qu'il donne, une façon dégradante pour les femmes de gagner leur vie, je ne puis souscrire à sa conclusion que l'al. 195.1(1)(c) du *Code* vise à remédier à ce problème. À l'exception du procureur général de l'Ontario, les parties et les intervenants dans ce pourvoi et dans les pourvois *Skinner* et *Stagnitta* ont tous exprimé le même avis que la loi ne tente pas de traiter de la prostitution en soi mais vise seulement l'aspect de nuisance publique ou sociale de l'offre de services sexuels en public. En effet, les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Manitoba ont souligné avec insistance que le par. 195.1(1) n'interdit pas la prostitution qui demeure une activité tout à fait légale. Il n'interdit même pas la sollicitation; il interdit seulement la sollicitation dans les endroits publics. À mon avis, la formulation du par. 195.1(1) en général et de l'al. 195.1(1)(c) en particulier appuie cette thèse.

Mais si l'objectif du législateur n'était pas de criminaliser la prostitution en soi, quel est, parmi les objectifs plus restreints, celui que poursuivait le Parlement? À mon avis, il est important encore une fois d'examiner la formulation de l'article contesté. Alors que les al. 195.1(1)(a) et (b) mentionnent des activités qui ont pour effet d'arrêter un véhicule à moteur ou de gêner «la circulation des piétons ou des véhicules», l'al. 195.1(1)(c) ne mentionne pas seulement le fait d'arrêter des personnes (bien qu'il l'inclue) mais aussi le fait de communiquer ou de tenter de communiquer avec des personnes. Par conséquent, les activités visées par l'al. 195.1(1)(c) ne causent pas nécessairement le genre de problèmes visés aux al. 195.1(1)(a) et (b). Par exemple, dans les pourvois *Stagnitta* et *Skinner*, on n'a pas allégué que les activités des accusés avaient gêné ou ralenti la circulation. Les accusés ont simplement été accusés d'avoir communiqué avec une personne dans un endroit public en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les

section are obviously not determinative of the objective sought to be achieved by the legislation, they do reveal how the law enforcement agencies are interpreting and applying it. They clearly interpreted s. 195.1(1)(c) in *Stagnitta* and *Skinner* as intended to do more than keep the streets and sidewalks free of congestion. In my view, they were not mistaken in this regard. Indeed, this is why s. 195.1(1)(c) was considered a necessary addition to ss. 195.1(1)(a) and (b). The difficulty, however, is to determine just how much more the impugned provision was intended to catch.

I have concluded that the submissions made to the Court by the majority of counsel are correct and that the fundamental concern attempted to be addressed in s. 195.1(1)(c) is the social nuisance arising from the public display of the sale of sex. I believe this is clear from the requirement that the communication or attempted communication be for the purchase or sale of sexual services and that such communication occur in a public place or in a place open to public view. Parliament's concern, I believe, goes beyond street or sidewalk congestion which are dealt with in paras. (a) and (b). The legislature clearly believes that public sensitivities are offended by the sight of prostitutes negotiating openly for the sale of their bodies and customers negotiating perhaps somewhat less openly for their purchase. The reality, in other words, is accepted and permitted. Neither prostitution nor solicitation is made illegal. But the high visibility of these activities is offensive and has harmful effects on those compelled to witness it, especially children. This being the legislative approach to prostitution it forecloses, in my view, any suggestion that in s. 195.1(1)(c) Parliament intended to stamp out all the ills and vices that my colleague sees as flowing from prostitution. The provision addresses only one narrow aspect of prostitution namely solicitation in public places.

services sexuels d'une prostituée. Il est évident que les circonstances à l'origine des accusations portées en vertu de l'article ne sont pas un facteur déterminant de l'objectif recherché par la loi, mais elles révèlent cependant comment les responsables de l'application de la loi l'interprètent et l'appliquent. Ces derniers, dans les pourvois *Stagnitta* et *Skinner*, ont clairement indiqué que, selon eux, l'objet de l'al. 195.1(1)c ne se limitait pas à garder les rues et les trottoirs libres de toute circulation gênante. À mon avis, ils n'avaient pas tort à cet égard. En effet, c'est pour cela qu'on a estimé nécessaire d'ajouter l'al. 195.1(1)c aux al. 195.1(1)a et b). Il reste à déterminer toutefois jusqu'où devait aller la disposition contestée.

J'ai conclu que les arguments présentés à la Cour par la plupart des avocats sont justes et que la préoccupation fondamentale visée par l'al. 195.1(1)c) est la nuisance sociale découlant de l'étalage en public de la vente de services sexuels. J'estime que cela ressort clairement de la condition que la communication ou la tentative de communication vise l'achat ou la vente de services sexuels et que cette communication ait lieu dans un endroit public ou dans un endroit situé à la vue du public. À mon avis, la préoccupation du Parlement ne se limite pas aux encombrements des rues ou des trottoirs, qui sont visés aux al. a) et b). Il est évident que le législateur croit que le public trouve offensante la vue de prostitués négociant ouvertement la vente de leur corps et la vue des clients qui négocient peut-être un peu moins ouvertement cet achat. En d'autres termes, la réalité est acceptée et permise. Ni la prostitution ni la sollicitation ne sont illégales. Mais la grande visibilité de ces activités est offensante et comporte des effets néfastes pour ceux qui en sont les témoins inévitables, particulièrement les enfants. Puisque telle est l'approche du législateur face à la prostitution, cela élimine, à mon avis, l'idée qu'en adoptant l'al. 195.1(1)c) le Parlement avait l'intention d'enrayer tous les maux et les vices qui, selon mon collègue, découlent de la prostitution. La disposition vise uniquement un aspect restreint de la prostitution, en l'occurrence la sollicitation dans les endroits publics.

Given then that s. 195.1(1)(c) infringes upon freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* and that the legislative objective in passing it is the one we have identified, does the provision constitute a reasonable limit on the freedom which is justifiable in a free and democratic society? Does it, in other words, meet the tests laid down by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103?

(iii) *Section 1 of the Charter*

None of the counsel appearing before us on this appeal seriously argued that the nuisance caused by street solicitation, at least in the major centres of population in the country, was not a pressing and substantial concern. Indeed, most acknowledged it to be so and I agree. The first test in *Oakes* is therefore met.

The next question under *Oakes* is whether s. 195.1(1)(c) is rationally connected to the prevention of the nuisance. I believe it is. The logical way to prevent the public display of the sale of sex and any harmful consequences that flow from it is through the twofold step of prohibiting the prostitute from soliciting prospective customers in places open to public view and prohibiting the customer from propositioning the prostitute likewise in places open to public view. If communication for this purpose or attempts to communicate for this purpose are criminalized it must surely be a powerful deterrent to those engaging in such conduct.

But is the legislation proportionate to the objective sought to be achieved? To answer this we must direct our attention to the scope of the legislation.

On September 9, 1985, when the present s. 195.1 was introduced in the House of Commons, the then Minister of Justice stated:

The legislation does not attempt to deal with all of the problems that prostitution creates or with the problems of prostitution generally, which of course is the sale of sexual favours or sexual services for pay. It only purports to deal with one aspect of the problems that prostitution can create, which is the nuisance to others

Étant donné alors que l'al. 195.1(1)(c) porte atteinte à la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte* et que l'objectif du législateur en l'adoptant est celui que nous avons identifié, la disposition constitue-t-elle une limite raisonnable à la liberté, justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique? En d'autres termes, répond-elle aux critères établis par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103?

(iii) *L'article premier de la Charte*

Aucun des avocats qui ont comparu devant nous dans ce pourvoi n'a prétendu sérieusement que la nuisance causée par la sollicitation de rue, à tout le moins dans les principaux centres urbains du pays, ne constituait pas une préoccupation urgente et réelle. En fait, la plupart l'ont reconnu et je suis d'accord. Par conséquent, le premier critère de l'arrêt *Oakes* est respecté.

Selon l'arrêt *Oakes*, il faut ensuite se demander si l'al. 195.1(1)(c) a un lien rationnel avec la prévention de la nuisance. Je crois que c'est le cas. Logiquement, pour prévenir l'étalage en public de la vente de services sexuels et les conséquences néfastes qui en découlent, il faut prendre deux mesures: interdire aux prostituées de solliciter des clients éventuels dans des endroits situés à la vue du public et interdire de la même façon aux clients de faire des propositions aux prostituées dans des endroits situés à la vue du public. Si les communications ou tentatives de communication dans ce but sont criminalisées, cela doit sûrement constituer un moyen dissuasif très fort à l'endroit de ceux qui sont visés.

Mais les dispositions législatives sont-elles proportionnées à l'objectif poursuivi? Pour répondre à cette question, nous devons examiner le champ d'application de la loi.

Le 9 septembre 1985, date du dépôt de l'art. 195.1 actuel à la Chambre des communes, le ministre de la Justice de l'époque a affirmé:

Le projet de loi ne vise pas à s'attaquer à tous les problèmes que la prostitution suscite ou au problème de la prostitution en général qui, comme chacun sait, consiste à accorder des faveurs sexuelles ou à fournir des services sexuels contre de l'argent. Il n'aborde en fait qu'un seul aspect des problèmes que la prostitution

created by street soliciting not only by the prostitute but by the customer of the prostitute. [Emphasis added.]

(*Debates of the House of Commons*, vol. V, 1985, at p. 6374.)

The Attorney General of Canada, adverting to the Minister's statement, submitted that the purpose of s. 195.1 was to prevent prostitutes and their customers from congregating and concentrating their activities in any particular location. He pointed out that prostitutes go where they can expect to find customers and customers go where they can expect to find prostitutes and the more widely such an area becomes known for what it is the more it will attract prostitutes and customers and the more nuisance will be created. The problem, in other words, feeds upon itself.

The Attorney General of Canada described the legislation as "time and place regulation" and emphasized that many trades and businesses are subject to government regulation in the public interest. He argued that the net effect of the legislation is merely to remove the transaction of the business of prostitution from public places. It is no different, he submitted, from regulating the conditions under which other businesses must operate. The Attorney General further submitted that no business enterprise should be free to preempt a public place for its own commercial gain without regard to the nuisance it may create for the surrounding community. The Attorney General submitted (rather surprisingly, I think, in light of the impact of s. 193 of the *Criminal Code* on attempts to engage in prostitution from private premises) that one of the purposes of s. 195.1 is to diffuse the activities associated with prostitution and ensure that prostitutes, like retailers and consumers, conduct their activities on private premises and in a way which will avoid the creation of a nuisance to others.

I believe, with respect, that the Attorney General has overlooked a number of significant aspects of the impugned legislation which go directly to the question of its proportionality. The first is that

suscite, soit les ennuis que les prostitués et leurs clients causent à des tiers avec leur racolage. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1985, à la p. 6374.)

Au sujet de la déclaration du ministre, le procureur général du Canada a soutenu que l'objet de l'art. 195.1 était d'empêcher les prostitués et leurs clients de se réunir et de concentrer leurs activités dans des lieux particuliers. Il a souligné que les prostitués se rendent dans les endroits où ils savent pouvoir trouver des clients et les clients se rendent dans les endroits où ils savent pouvoir trouver des prostitués, et plus l'endroit est connu pour ses activités, plus il attire les prostitués et les clients et plus la nuisance qui en découle est grande. En d'autres termes, le problème s'amplifie de lui-même.

Le procureur général du Canada a comparé la loi à une [TRADUCTION] «réglementation relative aux heures et à l'endroit» et il a souligné que de nombreux commerces et entreprises sont assujettis à une réglementation gouvernementale dans l'intérêt public. Il a soutenu que l'effet ultime de la loi est simplement d'empêcher que les opérations du commerce de la prostitution aient lieu dans des endroits publics. Ce n'est pas différent, selon lui, de la réglementation des conditions imposées au fonctionnement d'autres entreprises. Le procureur général a soutenu de plus qu'aucune entreprise ne peut s'approprier un endroit public à ses propres fins commerciales sans tenir compte de la nuisance qu'elle peut créer dans le milieu environnant. Le procureur général a soutenu (de façon plutôt surprenante, à mon avis, compte tenu des répercussions de l'art. 193 du *Code criminel* sur les tentatives de se livrer à la prostitution dans des endroits privés) que l'un des objets de l'art. 195.1 est de disperser les activités associées à la prostitution et de veiller à ce que les prostitués, comme les marchands et les consommateurs, exercent leurs activités dans des endroits privés et d'une façon qui ne créera pas de nuisance aux autres.

Avec égards, je crois que le procureur général a négligé plusieurs aspects importants de la loi contestée qui touchent directement la question de sa proportionnalité. En premier, elle criminalise la

it criminalizes communication or attempted communication for the prohibited purpose in any public place or place open to public view. "Public place" is then expanded in subs. (2) to include any place to which the public have access as of right or by invitation express or implied. In other words, the prohibition is not confined to places where there will necessarily be lots of people to be offended or inconvenienced by it. The prohibited communication may be taking place in a secluded area of a park where there is no-one to see or hear it. It will still be a criminal offence under the section. Such a broad prohibition as to the locale of the communication would seem to go far beyond a genuine concern over the nuisance caused by street solicitation in Canada's major centres of population. It enables the police to arrest citizens who are disturbing no-one solely because they are engaged in communicative acts concerning something not prohibited by the *Code*. It is not reasonable, in my view, to prohibit all expressive activity conveying a certain meaning that takes place in public simply because in some circumstances and in some areas that activity may give rise to a public or social nuisance.

I note also the broad scope of the phrase "in any manner communicates or attempts to communicate". It would seem to encompass every conceivable method of human expression. Indeed, it may not be necessary for the prostitute to say anything at all in order to be found to be "communicating" or "attempting to communicate" for the purpose of prostitution. The proverbial nod or wink may be enough. Perhaps more serious, a hapless citizen may be picked up for soliciting when he or she has nothing more pressing in mind than hailing a taxi! While it is true that he or she may subsequently be let go as lacking the necessary intent for the offence, the experience of being arrested is not something the ordinary citizen would welcome. Some definitional limits would appear to be desirable in any activity labelled as criminal.

communication ou la tentative de communication en vue de l'objet interdit dans tout endroit public ou tout endroit situé à la vue du public. Le paragraphe (2) élargit ensuite la définition d'«endroit public» pour y inclure tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. En d'autres termes, l'interdiction ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement beaucoup de gens qui seront choqués ou gênés par la communication. La communication interdite peut avoir lieu dans un endroit retiré d'un parc où personne ne peut voir les parties ni entendre la communication. Celle-ci sera néanmoins considérée une infraction criminelle en vertu de l'article. Une interdiction de portée si large quant au lieu de la communication semble dépasser les limites d'une véritable préoccupation quant à la nuisance créée par la sollicitation de rue dans les principaux centres urbains du Canada. Elle permet aux policiers d'arrêter des citoyens qui ne gênent personne pour la seule raison qu'ils se livrent à des actes de communication concernant quelque chose qui n'est pas interdit par le *Code*. À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interdire toute activité d'expression qui transmet un certain message et se déroule dans un endroit public simplement parce que dans certaines circonstances et dans certains endroits cette activité peut donner lieu à une nuisance publique ou sociale.

Je souligne également la large portée de l'expression «de quelque manière que ce soit communiquer ou tente de communiquer». Elle semble englober tout mode concevable d'expression humaine. En fait, il n'est peut-être pas nécessaire que le prostitué dise quoi que ce soit pour qu'on lui reproche de «communiquer» ou de «tenter de communiquer» à des fins de prostitution. Le signe de tête ou le clin d'œil classiques peuvent être suffisants. Un exemple peut-être plus sérieux est celui de l'infortuné citoyen qui peut être arrêté pour cause de sollicitation lorsque sa seule préoccupation est de heler un taxi! Même s'il est vrai qu'il peut être libéré ultérieurement, en l'absence de preuve de l'intention nécessaire pour établir l'infraction, l'arrestation n'est pas une expérience que le citoyen ordinaire trouverait plaisante. Il serait souhaitable d'apporter certaines limites à la définition lorsqu'une activité est dite criminelle.

Directly relevant to the issue of proportionality, it seems to me, is the fact already referred to that under para. (c) no nuisance or adverse impact of any kind on other people need be shown, or even be shown to be a possibility, in order that the offence be complete. Yet communicating or attempting to communicate with someone in a public place with respect to the sale of sexual services does not automatically create a nuisance any more than communicating or attempting to communicate with someone on the sidewalk to promote a candidate for municipal election. Moreover, as already mentioned, prostitution is itself a perfectly legal activity and the avowed objective of the legislature was not to make it illegal but only, as the Minister of Justice emphasized at the time, to deal with the nuisance created by street solicitation. It seems to me that to render criminal the communicative acts of persons engaged in a lawful activity which is not shown to be harming anybody cannot be justified by the legislative objective advanced in its support. The impugned provision is not sufficiently tailored to that objective and constitutes a more serious impairment of the individual's freedom than the avowed legislative objective would warrant. Section 195.1(1)(c) therefore fails to meet the proportionality test in *Oakes*.

2. Sections 193 and 195.1(1)(c) of the *Code* and s. 7 of the *Charter*

(i) *Section 7 of the Charter*

I turn now to consider whether ss. 193 and 195.1(1)(c), either individually or in combination, violate s. 7 of the *Charter*.

My colleague Lamer J. approaches the s. 7 issue in this appeal as raising a question of "economic" liberty. With the greatest respect, I believe it is neither appropriate nor necessary in order to trigger the application of s. 7 to characterize the impugned legislation in this way. As Lamer J. points out in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515:

Obviously, imprisonment (including probation orders) deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment.

Directement pertinent à la question de la proportionnalité est également le fait, déjà mentionné, que pour établir l'infraction visée à l'al. c) il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence ou la possibilité d'existence d'une nuisance ou d'un effet néfaste quelconque. Pourtant, le fait de communiquer ou de tenter de communiquer avec quelqu'un dans un endroit public en vue de la vente de services sexuels ne crée pas automatiquement une nuisance, pas plus que le fait de communiquer ou de tenter de communiquer avec quelqu'un sur un trottoir en vue de promouvoir la candidature d'une personne pour les élections municipales. De plus, comme je l'ai déjà mentionné, la prostitution est en soi une activité parfaitement légale et l'objectif déclaré du législateur n'est pas de la rendre illégale mais seulement, comme le ministre de la Justice l'a souligné à l'époque, de s'attaquer à la nuisance créée par la sollicitation de rue. Il me semble que la criminalisation des activités de communication par des personnes qui se livrent à une activité légale ne causant de tort à personne ne peut se justifier par l'objectif que le législateur a invoqué. Elle n'est pas assez soigneusement adaptée à cet objectif et constitue une entrave plus grave à la liberté individuelle que ne pourrait justifier l'objet déclaré du législateur. L'alinéa 195.1(1)c) ne respecte donc pas le critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

2. L'article 193 et l'al. 195.1(1)c) du *Code* et l'art. 7 de la *Charte*

(i) *L'article 7 de la Charte*

J'aborde maintenant la question de savoir si l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c), pris individuellement ou ensemble, violent l'art. 7 de la *Charte*.

Mon collègue le juge Lamer aborde la question de l'art. 7 dans ce pourvoi en disant qu'elle soulève une question de liberté «économique». Avec égards, j'estime qu'il n'est ni approprié ni nécessaire, en vue de faire intervenir l'art. 7, de qualifier la loi contestée de cette façon. Comme le juge Lamer le souligne dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 515:

Manifestement, l'emprisonnement (y compris les ordonnances de probation) prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l'emprisonnement.

My s. 7 analysis proceeds therefore from a recognition of the uniquely punitive aspect of the legislative scheme governing prostitution under ss. 193 and 195.1 of the *Criminal Code*, i.e. that it can result in the deprivation of "physical" liberty. Like Lamer J. I take as my point of departure the ineluctable fact that the sale of sex for money is not a criminal act under Canadian law. It is not enough, however, simply to state that. We have to consider its implications.

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, the Chief Justice (Lamer J. concurring) made the following remarks at p. 70 about regulation by means of the criminal law as distinct from regulation by other means:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

In my opinion, it is equally true that where the legislature has not criminalized a certain activity it is because the legislator has determined that this uniquely coercive and punitive method of expressing society's collective disapprobation of that activity is not warranted in the circumstances.

While it is an undeniable fact that many people find the idea of exchanging sex for money offensive and immoral, it is also a fact that many types of conduct which are subject to widespread disapproval and allegations of immorality have not been criminalized. Indeed, one can think of a number of reasons why selling sex has not been made a criminal offence. First, as Lamer J. notes in his s. 1 analysis of the legislative objective underlying s. 195.1(1)(c), more often than not the real "victim" of prostitution is the prostitute himself or herself. Sending prostitutes to prison for their conduct may therefore have been viewed by legislators as an unsuitable response to the phenomenon. Or the legislators may have realized that they could not send the female prostitute to prison while letting

Mon analyse de l'art. 7 part donc de la reconnaissance de l'aspect punitif particulier du régime législatif régissant la prostitution en vertu des art. 193 et 195.1 du *Code criminel*, c'est-à-dire qu'il peut priver des personnes de leur liberté «physique». Comme le juge Lamer, mon point de départ est le fait inéluctable que l'offre de services sexuels en échange d'argent n'est pas un acte criminel en droit canadien. Il n'est cependant pas suffisant de l'affirmer. Nous devons considérer ses incidences.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le Juge en chef (avec l'appui du juge Lamer) a fait les remarques suivantes, à la p. 70, concernant le droit criminel comme forme de réglementation distincte des autres formes de réglementation:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

À mon avis, il est tout aussi vrai que lorsque le législateur n'a pas fait d'une certaine activité un acte criminel, c'est parce qu'il a décidé que cette méthode coercitive et punitive particulière d'expression de la désapprobation collective de la société à l'égard de cette activité n'est pas justifiée dans les circonstances.

Même s'il est incontestable que plusieurs personnes trouvent choquante et immorale l'idée d'offrir des services sexuels en échange d'argent, il est également incontestable que plusieurs types de conduite qui font l'objet d'une désapprobation répandue et d'allégations d'immoralité n'ont pas été criminalisés. En fait, on peut penser à plusieurs raisons pour lesquelles l'offre de services sexuels en échange d'argent n'a pas été criminalisée. Premièrement, comme le juge Lamer le souligne dans son analyse en vertu de l'article premier de l'objet législatif sous-jacent à l'al. 195.1(1)c), la véritable «victime» de la prostitution dans la majorité des cas est la prostituée elle-même. Le législateur a pu considérer l'incarcération des prostitués en raison de leur conduite comme une solution inadéquate

the male customer go and been reluctant for that reason to make prostitution a criminal offence. Another explanation may be a reluctance on the part of legislators to criminalize a transaction which normally occurs in private between consenting adults. Yet another possibility is that the legislature simply recognized that prostitution is the oldest trade in the world and is clearly meeting a social need. Whatever the reasons may be, the persistent resistance to outright criminalization of the act of prostitution cannot be treated as inconsequential.

I mention these possible reasons for the continuing legality of prostitution not for the purpose of endorsing any particular theory but rather to emphasize that the legality of prostitution must be recognized in any s. 7 analysis and must be respected regardless of one's personal views on the subject. As long as the act of selling sex is lawful it seems to me that this Court cannot impute to it the collective disapprobation reserved for criminal offences. We cannot treat as a crime that which the legislature has deliberately refrained from making a crime.

Nevertheless, the legislature has chosen to place serious constraints on the circumstances in which prostitution may take place and has decided that where someone attempts to engage in prostitution in those prohibited circumstances, the *Criminal Code's* penalties are appropriate. In other words, Parliament has chosen to regulate certain incidents of prostitution by means of the criminal law's power to deprive people of their "physical" liberty. In my view, it is this decision which triggers the application of s. 7 of the *Charter*.

In the case at bar conviction under ss. 193 or 195.1, may result in a deprivation of the liberty of the person. The convicted prostitute faces a possible prison sentence as well as the stigma of being labelled a criminal. The legislation permitting this result must therefore accord with the principles of fundamental justice if it is to survive the constitutional challenge.

au phénomène. Ou il se peut qu'ayant constaté qu'il ne pouvait mettre des prostituées en prison tout en laissant leurs clients masculins en liberté, il ait hésité pour cette raison à faire de la prostitution une infraction criminelle. Une autre explication peut être l'hésitation du législateur à criminaliser une activité qui, normalement, a lieu en privé entre deux adultes consentants. Il se peut encore que le législateur ait simplement reconnu que la prostitution est le plus vieux métier du monde et répond clairement à un besoin social. Peu importe les raisons, on ne peut affirmer que le refus persistant de faire de l'acte de prostitution une infraction criminelle est dépourvu de conséquences.

Si je mentionne ces raisons possibles pour lesquelles la prostitution est toujours légale, ce n'est pas pour adopter une thèse particulière mais plutôt pour souligner que la légalité de la prostitution doit être reconnue dans toute analyse fondée sur l'art. 7 et doit être respectée sans égard aux opinions personnelles en la matière. Tant que l'acte qui consiste à offrir des services sexuels en échange d'argent est légal, il me semble que cette Cour ne peut y attacher la désapprobation collective réservée aux infractions criminelles. Nous ne pouvons considérer comme un crime ce que le législateur a délibérément refusé de rendre criminel.

Quoi qu'il en soit, le législateur a décidé d'imposer des restrictions sévères aux circonstances dans lesquelles la prostitution peut avoir lieu et a décidé que, lorsque quelqu'un tente de se livrer à la prostitution dans ces circonstances interdites, les sanctions du *Code criminel* sont justifiées. En d'autres termes, le Parlement a choisi de régler certains aspects accessoires à la prostitution en ayant recours au pouvoir en droit criminel de priver des personnes de leur liberté «physique». À mon avis, c'est cette décision qui fait intervenir l'art. 7 de la *Charte*.

En l'espèce, une déclaration de culpabilité en vertu des art. 193 ou 195.1 peut priver une personne de sa liberté. Le prostitué déclaré coupable risque l'emprisonnement et la stigmatisation associée au fait d'être qualifié de criminel. La loi qui permet ce résultat doit donc se conformer aux principes de justice fondamentale pour résister à la contestation de sa constitutionnalité.

(ii) *The Principles of Fundamental Justice*

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. stated at p. 499:

The task of the Court is not to choose between substantive or procedural content *per se* but to secure for persons "the full benefit of the *Charter's* protection" (Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344), under s. 7, while avoiding adjudication of the merits of public policy. This can only be accomplished by a purposive analysis and the articulation (to use the words in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at p. 899) of "objective and manageable standards" for the operation of the section within such a framework.

He went on to caution against an unduly narrow interpretation of the term "principles of fundamental justice". He observed that "the narrower the meaning given to 'principles of fundamental justice' the greater will be the possibility that individuals may be deprived of these most basic rights". This latter result was to be avoided given that the rights to life, liberty and security of the person were fundamental and that their deprivation would have the "most severe consequences upon an individual": see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 501. Lamer J. concluded at p. 513:

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

Consequently, those words cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7. [Emphasis added.]

I agree that a purposive approach to the principles of fundamental justice is appropriate. I also agree that it follows from that proposition that one should not adopt a restrictive approach to the term and that one should avoid comprehensive definitions of the term which might place unnecessary and undesirable constraints upon the Court in the

(ii) *Les principes de justice fondamentale*

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer a affirmé, à la p. 499:

a Le rôle de la Cour ne consiste pas à choisir entre l'aspect fond et l'aspect procédure en tant que tels, mais à assurer que les personnes «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*» (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344), à l'art. 7, tout en évitant de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales. Cela ne peut se faire que par une analyse de l'objet visé et la formulation (pour reprendre les termes utilisés dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 900) «de normes objectives et faciles à appliquer» pour que l'article s'applique dans ce contexte.

Il a poursuivi en signalant les risques d'une interprétation trop restrictive de l'expression «principes de justice fondamentale». Il a souligné que «plus le sens donné à l'expression «principes de justice fondamentale» sera étroit, plus grande sera la possibilité que des particuliers se trouvent privés de ces droits les plus fondamentaux». Il fallait éviter ce dernier résultat puisque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne étaient fondamentaux et que la privation de ces droits aurait «les conséquences les plus graves sur le particulier»: voir le *Renvoi: Motor Vehicle de Act de la C.-B.*, précité, à la p. 501. Le juge Lamer a conclu à la p. 513:

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

En conséquence, on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7. [Je souligne.]

i Je suis d'accord qu'une interprétation fondée sur l'objet est appropriée pour les principes de justice fondamentale et qu'il découle aussi de cette proposition qu'il ne faut pas adopter une interprétation restrictive de l'expression et qu'il faut éviter les définitions exhaustives de cette expression qui risqueraient d'imposer ultérieurement à la Cour des

future. Moreover, I see no need to attempt in this appeal to define the term "principles of fundamental justice". I agree with Lamer J. that the content of these words "will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7". Their content should be determined contextually on a case by case basis. I prefer therefore to limit my inquiry to the question whether the case before us gives rise to an infringement of liberty which violates a principle of fundamental justice.

Ms. Bennett submits that ss. 193 and 195.1(1)(c), both singly and together, violate s. 7 because they are too vague. While legislative provisions that are so vague as to be unintelligible to the citizen may well fail to accord with the principle of fundamental justice that requires persons to be given clear notice of that which is prohibited, in my view neither s. 193 nor s. 195.1(1)(c), read on their own or together, are so vague as to violate the requirement that the criminal law be clear. It is true that this Court has been called upon to interpret some of the terms used in these sections: see, for example, this Court's discussion of the term "common bawdy-house" in *R. v. Cohen*, [1939] S.C.R. 212, and in *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157. This does not mean, however, that the legislation is so vague as to fail to accord with fundamental justice. The courts are regularly called upon to resolve ambiguities in legislation but this does not necessarily make such legislation vulnerable to constitutional attack.

In my view, the language of s. 195.1(1)(c) prohibits communication for the purposes of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute. While I have previously noted that the wording of the provision may lead police officers to detain people on the mistaken assumption that they were communicating for the prohibited purposes, this does not mean that the section does not send a clear message to the citizen that communicating for those purposes is prohibited. Similarly, the fact that s. 193 does not itemize every situation that falls within the ambit of the prohibi-

restrictions ni utiles ni souhaitables. De plus, j'estime qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de tenter de définir l'expression «principes de justice fondamentale». Je reconnais avec le juge Lamer que le contenu de ces mots «prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7». Leur contenu devrait être déterminé selon le contexte de chaque cas d'espèce. Je préfère donc limiter mon examen à la question de savoir si, en l'espèce, il y a atteinte à la liberté qui viole un principe de justice fondamentale.

M^e Bennett soutient que l'art. 193 et l'al. 195.1(1)(c), pris individuellement ou ensemble, violent l'art. 7 parce qu'ils sont trop imprécis. Bien que des dispositions législatives trop imprécises pour être intelligibles puissent fort bien ne pas être conformes au principe de justice fondamentale qui exige que les personnes soient clairement avisées de ce qui est interdit, j'estime que ni l'art. 193 ni l'al. 195.1(1)(c), pris individuellement ou ensemble, ne sont imprécis au point de violer l'exigence d'une formulation claire du droit criminel. Il est vrai que notre Cour a dû interpréter certaines expressions utilisées dans ces dispositions: voir, par exemple, l'examen par notre Cour de l'expression «maison de débauche» dans les arrêts *R. v. Cohen*, [1939] R.C.S. 212, et *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157. Cela ne signifie cependant pas que la loi est imprécise au point de ne pas être conforme à la justice fondamentale. Les tribunaux sont souvent appelés à se prononcer sur les ambiguïtés d'une loi mais cela ne signifie pas nécessairement que la constitutionnalité de cette loi peut être contestée.

À mon avis, le texte de l'al. 195.1(1)(c) interdit la communication dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne. Bien que j'aie déjà souligné que la formulation de la disposition puisse amener des policiers à arrêter des personnes parce qu'ils pensent à tort qu'elles communiquent dans le but interdit, cela ne signifie pas que l'article n'avise pas clairement les citoyens que la communication à ces fins est interdite. De même, le fait que l'art. 193 n'énumère pas chaque situation qui relève du champ d'application de l'interdiction de tenir une

tion against keeping a common bawdy-house does not mean that citizens reading the provision will not know that they risk criminal sanctions if they are operating or found on premises used for the purpose of exchanging sex for money. Finally, while the combination of s. 193 and s. 195.1(1)(c) may seriously constrain the prostitute in the way in which he or she is able to carry on business, and may even make it difficult for the prostitute to know what avenues are left open to him or her, this does not necessarily mean that the provisions themselves, either individually or together, are not clear.

It is my view, however, that an infringement of a person's right to liberty cannot be said to accord with the principles of fundamental justice where the conduct alleged to constitute the infringement violates another *Charter* guarantee. My colleague Lamer J. observed in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503:

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system.

While the *Charter* reflects a number of principles which have traditionally been part of our legal system, it also gives specific constitutional protection to other principles which are now an integral part of our legal system. These are just as much, if not more so, "basic tenets of our legal system" and required to be protected by the judiciary. This Court emphasized in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, that "[t]he judiciary is the guardian of the constitution" and in *Oakes*, *supra*, at p. 135, Dickson C.J. expressed agreement with the proposition stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218, that:

... it is important to remember that the courts are conducting this inquiry [under s. 1] in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

maison de débauche ne signifie pas que les citoyens qui lisent la disposition ne comprendront pas qu'ils s'exposent à des sanctions criminelles s'ils tiennent des locaux utilisés en vue d'offrir des services sexuels en échange d'argent ou se trouvent dans de tels locaux. Enfin, bien que la combinaison de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c) puisse sérieusement limiter le prostitué dans la façon d'exercer son métier, et puisse même lui rendre difficile la tâche de savoir ce qui lui est permis, cela ne signifie pas nécessairement que les dispositions elles-mêmes, prises individuellement ou ensemble, ne sont pas claires.

Je suis cependant d'avis qu'on ne peut affirmer que la violation du droit à la liberté d'une personne est conforme aux principes de justice fondamentale lorsque la conduite constituant la violation alléguée porte atteinte à une autre garantie de la *Charte*. Mon collègue le juge Lamer fait observer ceci dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire.

Bien que la *Charte* comprenne plusieurs principes qui ont traditionnellement fait partie de notre système juridique, elle accorde également une protection constitutionnelle spécifique à d'autres principes qui font maintenant partie intégrante de notre système de droit. Ces principes font tout autant partie, sinon plus, des «préceptes fondamentaux de notre système juridique» et doivent être protégés par les tribunaux. Notre Cour a souligné dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, que «[l]es tribunaux sont les gardiens de la constitution» et, dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 135, le juge en chef Dickson a dit qu'il était d'accord avec la proposition formulée dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218, que:

... il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête [selon l'art. 1] tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

The rights guaranteed in the *Charter* “do not”, to quote Lamer J., “lie in the realm of general public policy”. They are the laws of the land. Indeed, this Court pointed out in its very first *Charter* case, *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 366, that the *Charter* “is part of the fabric of Canadian law. Indeed, it “is the supreme law of Canada” ”.

In my view, it follows from these propositions that a law that infringes the right to liberty under s. 7 in a way that also infringes another constitutionally entrenched right (which infringement is not saved by s. 1) cannot be said to accord with the principles of fundamental justice. It must therefore be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

I have already concluded that s. 195.1(1)(c) violates s. 2(b) of the *Charter* because it violates the *Charter*'s guarantee of the right to freedom of expression and that it is not saved by s. 1. But s. 195.1(1)(c) also infringes a person's right to liberty by providing that those who communicate for the prohibited purposes may be sent to prison. In my view, a person cannot be sent to prison for exercising his or her constitutionally protected right to freedom of expression. This is clearly not in accordance with the principles of fundamental justice.

I noted in discussing s. 2(b) that s. 193, either on its own or in combination with s. 195.1(1)(c), does not violate a person's right to freedom of expression. While s. 193 infringes a person's right to liberty through the threat of imprisonment, absent the infringement of some other *Charter* guarantee, this particular deprivation of liberty does not, in my view, violate a principle of fundamental justice. Nor are s. 193 and s. 195.1(1)(c) so intimately linked as to be part of a single legislative scheme enabling one to say that because part of the scheme violates a principle of fundamental justice the whole scheme violates that principle. I conclude therefore that no principle of fundamen-

Les droits garantis dans la *Charte* ne «relèvent pas du domaine de l'ordre public en général» pour reprendre les propos du juge Lamer. Ils constituent le droit du pays. En effet, cette Cour a souligné dans son tout premier pourvoi sur la *Charte*, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 366, que la *Charte* «appartient au fond même du droit canadien. En vérité, elle est «la loi suprême du Canada» ».

À mon avis, il découle de ces propositions qu'une loi qui porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 d'une façon qui porte également atteinte à un autre droit consacré par la Constitution (quand cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier) ne peut être considérée conforme aux principes de justice fondamentale. Elle doit donc être justifiée comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

J'ai déjà conclu que l'al. 195.1(1)(c) viole l'al. 2b) de la *Charte* parce qu'il viole la garantie du droit à la liberté d'expression reconnue dans la *Charte* et qu'il n'est pas sauvegardé par l'article premier. Mais l'al. 195.1(1)(c) viole également le droit à la liberté de la personne en prévoyant que ceux qui communiquent dans les buts interdits peuvent être emprisonnés. À mon avis, une personne ne peut être emprisonnée parce qu'elle exerce son droit à la liberté d'expression protégé par la Constitution. Cela n'est certainement pas conforme aux principes de justice fondamentale.

J'ai souligné dans l'examen de l'al. 2b) que l'art. 193, pris individuellement ou combiné à l'al. 195.1(1)(c), ne viole pas le droit d'une personne à la liberté d'expression. Bien que l'art. 193 viole le droit d'une personne à la liberté en raison de la menace d'emprisonnement, indépendamment de toute violation d'autres garanties de la *Charte*, cette privation de liberté particulière ne viole pas, à mon avis, un principe de justice fondamentale. L'article 193 et l'al. 195.1(1)(c) ne sont pas non plus si intimement liés qu'ils constituent un régime législatif unique de sorte que l'on puisse affirmer que si une partie de ce régime viole un principe de justice fondamentale le régime en entier viole ce principe. Je conclus donc qu'aucun principe de justice fondamentale n'est violé par l'art. 193 ou

tal justice is violated by s. 193 or the combination of ss. 193 and 195.1(1)(c).

(iii) *Section 1 of the Charter*

Where a legislative provision violates more than one section of the *Charter*, as I have found to be the case with s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, it may not be possible to provide a single answer to the question whether the legislation constitutes a reasonable limit justifiable under s. 1 of the *Charter*. This is because the nature of the justification will depend at least in part on the right which is being limited. Thus, in some instances legislation may limit one *Charter* right in a way that can be justified under s. 1 and at the same time limit another *Charter* right in a way that cannot be justified under s. 1. I make this point simply to emphasize that one cannot assume that the basis of justification under s. 1 will be the same in both instances. It is not enough, in other words, for the government to justify a breach of one *Charter* guarantee under s. 1. It must justify the breach of the other *Charter* guarantee as well.

In this case the respondent and each of the Attorneys General made the same submissions in support of s. 195.1(1)(c) as a reasonable limit on s. 7 as they made in its support as a reasonable limit on s. 2(b).

I agree that their submissions as to the existence of a pressing and substantial concern and as to the rational connection between that concern and the impugned legislation are equally valid in relation to the infringement of the s. 7 right. The test of proportionality may, however, be different.

The question in relation to the s. 2(b) infringement was whether it was reasonable and justifiable to limit freedom of expression in the broad terms of s. 195.1(1)(c) in order to deal with the nuisance caused by street solicitation. I concluded that it was not. The section was too broad. The question in relation to the s. 7 infringement, it seems to me,

par la combinaison de l'art. 193 et de l'al. 195.1(1)c).

(iii) *L'article premier de la Charte*

Lorsqu'une disposition législative viole plus d'un article de la *Charte*, comme je l'ai conclu en l'espèce au sujet de l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, il n'est peut-être pas possible d'apporter une seule réponse à la question de savoir si elle constitue une limite raisonnable, justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. En effet, la nature de la justification dépendra en partie au moins du droit qui est limité. Ainsi, dans certains cas, la loi peut limiter un droit garanti par la *Charte* d'une façon qui peut être justifiée en vertu de l'article premier et limiter en même temps un autre droit garanti par la *Charte* d'une façon qui ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Je dis cela simplement pour souligner qu'on ne peut présumer que le fondement de la justification en vertu de l'article premier sera le même dans les deux cas. En d'autres termes, il ne suffit pas que le gouvernement justifie une violation d'une garantie de la *Charte* en vertu de l'article premier. Il doit également justifier la violation de l'autre garantie de la *Charte*.

En l'espèce, l'intimé et chacun des procureurs généraux ont utilisé les mêmes arguments pour soutenir que l'al. 195.1(1)c) était une limite raisonnable imposée au droit de l'appelant en vertu de l'art. 7 que pour soutenir qu'il était une limite raisonnable au droit de l'appelant en vertu de l'al. 2b).

Je reconnais que leurs arguments quant à l'existence d'une préoccupation urgente et réelle et quant au lien rationnel entre cette préoccupation et la loi contestée sont tout aussi valides à l'égard de la violation du droit garanti par l'art. 7. Le critère de proportionnalité peut cependant être différent.

En ce qui concernait la violation de l'al. 2b), la question était de savoir s'il était raisonnable et justifié de limiter la liberté d'expression dans les termes larges de l'al. 195.1(1)c) pour supprimer la nuisance causée par la sollicitation de rue. J'ai conclu par la négative. La portée de la disposition était trop large. En ce qui concerne la violation de

is whether it is reasonable and justifiable to deprive citizens of their liberty through imprisonment in order to deal with the nuisance caused by street solicitation. Again I conclude that it is not. It seems to me that where communication is a lawful (and, indeed, a constitutionally protected) activity and prostitution is also a lawful activity, the legislative response of imprisonment is far too drastic. I indicated elsewhere my view that an infringement of liberty which violates the principles of fundamental justice must be very difficult, if not impossible, to justify as a reasonable limit under s. 1. My colleague Lamer J. suggests in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 518, that it may be possible "in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like".

Be that as it may, it seems to me that to imprison people for exercising their constitutionally protected freedom of expression, even if they are exercising it for purposes of prostitution (which is not itself prohibited), is not a proportionate way of dealing with the public or social nuisance at which the legislation is aimed. I conclude, therefore, that s. 195.1(1)(c) violates s. 7 of the *Charter* and is not saved by s. 1.

3. Disposition of the Appeal

I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions set out in the Order of the Chief Justice as follows:

Question 1. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

l'art. 7, la question, il me semble, est de savoir s'il est raisonnable et justifié de priver des citoyens de leur liberté en les emprisonnant pour supprimer la nuisance causée par la sollicitation de rue. Encore une fois, je conclus par la négative. À mon avis, lorsque la communication est une activité légale (et même protégée par la Constitution) et que la prostitution est également une activité légale, l'emprisonnement est une réaction beaucoup trop draconienne de la part du législateur. J'ai exprimé par ailleurs l'opinion qu'une violation de la liberté qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale est très difficile, voire impossible, à justifier comme limite raisonnable en vertu de l'article premier. Mon collègue le juge Lamer avance, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518, que cela peut être possible «dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite».

Quoi qu'il en soit, il me semble que l'emprisonnement de personnes parce qu'elles exercent leur liberté d'expression protégée par la Constitution, même si elles l'exercent en vue de la prostitution (qui elle-même n'est pas interdite), n'est pas un moyen proportionné de traiter le problème de la nuisance publique ou sociale visée par la loi. Je suis donc d'avis de conclure que l'al. 195.1(1)(c) viole l'art. 7 de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier.

§ 3. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre aux questions constitutionnelles formulées par ordonnance du Juge en chef de la façon suivante:

Question 1. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 3. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4. Is s. 193 of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 5. Is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 6. Is the combination of the legislative provisions contained in ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 7. If s. 193 or s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada or a combination of both or any part thereof are inconsistent with either s. 7 or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights and freedoms protected by s. 7 or s. 2(b) of the *Charter* be justified under s. 1 of the *Charter* and thereby be rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Section 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada, to the extent it is inconsistent with both s. 2(b) and s. 7 of the *Charter*, cannot be justified under s. 1 of the *Canadian Charter* and is therefore inconsistent with the *Constitution Act, 1982*.

Appeal dismissed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Teffaine, Teillet & Bennett, Winnipeg; Smordin, Gindin, Soronow, Ludwig, Winnipeg.

Question 3. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4. L'article 193 du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 5. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 6. La combinaison des dispositions contenues à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada est-elle incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 7. Si l'article 193 ou l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada ou la combinaison de ces deux dispositions ou d'une partie de celles-ci sont incompatibles avec l'un ou l'autre de l'art. 7 ou de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure, s'il y a lieu, de telles restrictions aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 2b) de la *Charte* peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, ne pas être incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* du Canada, dans la mesure de son incompatibilité avec l'al. 2b) et l'art. 7 de la *Charte*, ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* et, par conséquent, est incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.

Procureurs des appelants: Teffaine, Teillet & Bennett, Winnipeg; Smordin, Gindin, Soronow, Ludwig, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenante l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Lina Maria Stagnitta *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. STAGNITTA

File No.: 20497.

1988: December 1, 2; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague — Whether s. 195.1(1)(c) infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Prostitution — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Lina Maria Stagnitta *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. STAGNITTA

^c

N° du greffe: 20497.

1988: 1^{er}, 2 décembre; 1990: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges

^d McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code est-il d'une imprécision inacceptable? — L'article 195.1(1)(c) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

ⁱ *Droit criminel — Prostitution — Interdiction par l'art. 195.1(1)(c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)(c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) et à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)(c) à l'art. 2b) et à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

The appellant was charged with "communicating in a public place for the purpose of engaging in prostitution" contrary to s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*. The trial judge acquitted the appellant holding that s. 195.1(1)(c) infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal quashed the appellant's acquittal and entered a conviction. This appeal is to determine whether s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes ss. 2(b) and 7 of the *Charter*; and, if so, whether s. 195.1(1)(c) is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

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

Per Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ.: For the reasons given by the Chief Justice in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) does not infringe s. 7 of the *Charter* on the grounds of vagueness or uncertainty.

Per Lamer J.: For the reasons I gave in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) does not infringe s. 7 of the *Charter* on the grounds of vagueness or uncertainty.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): For the reasons given by the minority in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes on the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) does not infringe the right contained in s. 7 of the *Charter* on the ground that it is so vague as to violate the requirement that the criminal law be clear. Nonetheless, the impugned provision infringes the s. 7 right to liberty in a manner which is not in accord with the principles of fundamental justice. This infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; **referred to:** *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

L'appelante a été accusée d'avoir «communiqué dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution» en contravention de l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*. Le juge du procès a acquitté l'appelante après avoir conclu que l'al. 195.1(1)(c) portait atteinte à la garantie de la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a annulé l'acquittal de l'appelante et a prononcé une déclaration de culpabilité. Ce pourvoi a pour but de déterminer si l'al. 195.1(1)(c) du *Code* porte atteinte à l'al. 2b) et à l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'al. 195.1(1)(c) est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

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

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka: Pour les motifs donnés par le Juge en chef dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* mais est justifié en vertu de son article premier. L'alinéa 195.1(1)(c) ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* sur le fondement de l'imprécision ou de l'incertitude.

Le juge Lamer: Pour les motifs que j'ai donnés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* mais est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 195.1(1)(c) ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* sur le fondement de l'imprécision ou de l'incertitude.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): Pour les motifs de la minorité dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 195.1(1)(c) ne porte pas atteinte au droit prévu à l'art. 7 de la *Charte* en raison d'une imprécision qui violerait l'exigence de clarté du droit criminel. Néanmoins, la disposition contestée porte atteinte au droit à la liberté reconnu à l'art. 7 d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; **arrêt mentionné:** *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

By Lamer J.

Applied: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; **referred to:** *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

By Wilson J. (dissenting)

Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195.1(1)(c) [ad. 1972, c. 13, s. 15; rep. & sub. 1985, c. 50, s. 1].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1, 79 A.R. 44, 43 D.L.R. (4th) 111, 36 C.C.C. (3d) 105, 58 C.R. (3d) 164, 31 C.R.R. 331, setting aside the accused's acquittal and entering a conviction on a charge under s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Peter J. Royal, Q.C., and *Mona T. Duckett*, for the appellant.

Richard F. Taylor, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Kenneth W. F. Fiske and *Robert E. Lutes*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

V. E. Toews and *Donna J. Miller*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Gale Welsh, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; **arrêt mentionné:** *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195.1(1)(c) [aj. 1972, ch. 13, art. 15; abr. & rempl. 1985, ch. 50, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1, 79 A.R. 44, 43 D.L.R. (4th) 111, 36 C.C.C. (3d) 105, 58 C.R. (3d) 164, 31 C.R.R. 331, qui a annulé l'acquiescement de l'accusée et prononcé une déclaration de culpabilité sur une accusation portée en vertu de l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Peter J. Royal, c.r., et *Mona T. Duckett*, pour l'appelante.

Richard F. Taylor, pour l'intimée.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kenneth W. F. Fiske et *Robert E. Lutes*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

V. E. Toews et *Donna J. Miller*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Sopinka rendu par

THE CHIEF JUSTICE—The appellant, Lina Maria Stagnitta, was charged that she:

LE JUGE EN CHEF—L'appelante, Lina Maria Stagnitta, a été accusée d'avoir:

... on or about the 9th day of May, A.D. 1986, at or near the City of Edmonton, in the Province of Alberta, did unlawfully attempt to communicate with Dave PYKE in a public place for the purpose of engaging in prostitution, contrary to section 195.1(1)(c) of the Criminal Code.

[TRANSLATION] ... le ou vers le 9 mai 1986, dans la municipalité d'Edmonton, dans la province de l'Alberta, tenté illégalement de communiquer avec Dave PYKE dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution, en contravention de l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel.

Section 195.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, reads as follows:

L'article 195.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, se lit ainsi:

195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

195.1 (1) Est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre:

(a) stops or attempts to stop any motor vehicle,

a) soit arrête ou tente d'arrêter un véhicule à moteur;

(b) impedes the free flow of pedestrian or vehicular traffic or ingress to or egress from premises adjacent to that place, or

b) soit gêne la circulation des piétons ou des véhicules, ou l'entrée ou la sortie d'un lieu contigu à cet endroit;

(c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit communique ou tente de communiquer avec elle.

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view.

(2) Au présent article, «endroit public» s'entend notamment de tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite; y est assimilé tout véhicule à moteur situé dans un endroit soit public soit situé à la vue du public.

According to the agreed statement of facts, Detective Dave Pyke of the Edmonton City Police Department was driving along the west curb of 104th Street north of Jasper Avenue in Edmonton on May 9, 1986, at 10:40 p.m. He was acting in an undercover capacity. He stopped his car and the appellant, Ms. Stagnitta, walked north on the sidewalk twenty feet past his car, turned around and walked back. The Detective opened the passenger window of his car and the appellant leaned in.

Conformément à l'exposé conjoint des faits, l'agent-enquêteur Dave Pyke du Service de police de la municipalité d'Edmonton circulait en voiture du côté ouest de la 104^e Rue au nord de l'avenue Jasper à Edmonton le 9 mai 1986 à 22 h 40. Il agissait comme agent banalisé. Il a arrêté sa voiture et l'appelante, M^{me} Stagnitta, s'est mise à marcher sur le trottoir en direction nord jusqu'à 20 pieds au-delà de sa voiture, elle s'est retournée et est revenue sur ses pas. L'agent-enquêteur a ouvert la fenêtre du côté du passager de sa voiture et l'appelante s'est penchée vers l'intérieur.

The appellant asked Detective Pyke whether he was a police officer and he replied that he was not. The two discussed briefly the possibility that the Detective worked for the Edmonton City Police. After Detective Pyke commented that there were too many police cars around, the appellant got into the Detective's car. The conversation continued and the Detective eventually told the appellant, "Okay, I'm the Chief of Police". The appellant told the Detective that she would "[s]how him a good time" and, with her left hand, grabbed his private parts.

The appellant asked the Detective, "How much money do you have?", to which the Detective replied that he had \$500. She said, "Okay, let's go", and the Detective said that he had a hotel room. The Detective asked what he would get for his money to which the appellant responded, "A good time".

The Detective indicated that he would like to drive around and think about it, and shortly thereafter, the appellant was arrested and charged.

The appellant challenged the constitutionality of s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* as her defence. She was acquitted in Alberta Provincial Court. The court found that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringed freedom of expression as defined in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that it was not saved by s. 1 of the *Charter*.

Section 2 of the *Charter* guarantees that everyone has, among others, the following fundamental freedom:

2. ...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 1 of the *Charter* provides that:

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

L'appelante a demandé à l'agent-enquêteur Pyke s'il était de la police et il a répondu par la négative. Les deux ont parlé brièvement de la possibilité que l'agent-enquêteur travaille pour le Service de police de la municipalité d'Edmonton. Après que l'agent Pyke eut fait la remarque qu'il y avait trop de voitures de police aux alentours, l'appelante est montée dans son automobile. La conversation s'est poursuivie et le policier lui a éventuellement dit, [TRADUCTION] «O.K., je suis le chef de police». L'appelante lui a dit qu'elle [TRADUCTION] «lui ferait passer un bon moment» et, de sa main gauche, elle lui a saisi les parties génitales.

L'appelante a demandé à l'agent-enquêteur, [TRADUCTION] «Combien d'argent as-tu?», ce à quoi l'agent a répondu qu'il avait 500 \$. Elle a dit [TRADUCTION] «O.K, allons-y»; l'agent a dit qu'il avait réservé une chambre d'hôtel. L'agent lui a demandé ce qu'il aurait pour son argent, ce à quoi l'appelante a répondu [TRADUCTION] «Un bon moment».

L'agent a indiqué qu'il voulait circuler un peu pour y penser, et peu de temps après, l'appelante a été arrêtée et accusée.

L'appelante conteste la constitutionnalité de l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* en défense. La Cour provinciale de l'Alberta l'a acquittée. La cour a conclu que l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* portait atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'était pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

L'article 2 de la *Charte* garantit que chacun a notamment la liberté fondamentale suivante:

2. ...

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article premier de la *Charte* prévoit que:

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

The Alberta Court of Appeal allowed an appeal by the respondent. The appellant's acquittal was quashed, a conviction was entered, and the appellant was sentenced to a fine of \$100 and, in default, to one day imprisonment: (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1. The court found that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* was inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*, but that it was demonstrably justified according to s. 1. This Court granted leave to appeal that decision, [1987] 2 S.C.R. x.

The appeal was heard together with *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235. The appellant Stagnitta challenges s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* as constituting a violation of ss. 2(b) and 7 of the *Charter*.

In my view, this appeal fails for the reasons I have set out in detail in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*.

The constitutional questions to be answered are the following:

1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *f*
2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds of vagueness or uncertainty? *g*
3. If the answer to either Questions 1 and 2 is yes, is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? *h*

I would answer these questions as follows:

1. Yes
2. No
3. Yes

I would accordingly dismiss the appeal.

La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel interjeté par l'intimée. Elle a infirmé l'acquittement de l'appelante, a prononcé une déclaration de culpabilité et a condamné l'appelante à une amende de 100 \$ et, à défaut, à un jour de prison: (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1. La cour a conclu que l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* était incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*, mais qu'il était justifié en vertu de l'article premier. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre cet arrêt, [1987] 2 R.C.S. x.

Le pourvoi a été entendu en même temps que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et le pourvoi *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235. L'appelante Stagnitta conteste l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* en soutenant qu'il enfreint l'al. 2b) et l'art. 7 de la *Charte*. *d*

À mon avis, ce pourvoi doit être rejeté pour les motifs que j'ai prononcés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité. *e*

Il faut répondre aux questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *f*
2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il est vague ou incertain? *g*
3. Si la réponse aux questions 1 ou 2 est affirmative, l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? *h*

Je suis d'avis de répondre à ces questions de la façon suivante: *i*

1. Oui
2. Non
3. Oui *j*

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—This appeal was heard together with two other cases, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, judgments which were rendered this day. The case at bar deals with somewhat narrower issues in that only s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and ss. 2(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are under consideration. Kerans J.A. for the Court of Appeal for Alberta concluded that the impugned section restricts freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. He then went on to consider whether the section could be saved by s. 1 of the *Charter*. Kerans J.A. held that Parliament can, with the intention of preventing a nuisance, forbid any act which it demonstrated on sound evidence to be an essential pre-requisite to the nuisance, and where it was shown that a nuisance is a very likely consequence of the act. He concluded, therefore, that the restriction imposed by s. 195.1(1)(c) is a reasonable and justified limit: (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1.

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on November 2, 1987:

1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds of vagueness or uncertainty?
3. If the answer to either Questions 1 and 2 is yes is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

These issues have received full consideration in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, and therefore I need not repeat the analysis here, except to state that my reasons are equally applicable to this appeal. Therefore I would answer the constitutional questions as follows:

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi a été entendu en même temps que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et le pourvoi *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, dont les jugements sont rendus aujourd'hui. Le présent pourvoi porte sur des questions un peu plus restreintes mettant en jeu seulement l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et l'al. 2b) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la disposition contestée restreignait la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il a ensuite examiné la question de savoir si la disposition pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le juge Kerans a conclu que le Parlement pouvait, en vue de prévenir une nuisance, interdire tout acte lorsqu'il est démontré par une preuve solide que l'acte est un prérequis essentiel à la nuisance et lorsqu'il est établi qu'il est très probable qu'une nuisance découlera de cet acte. Il a donc conclu que la restriction imposée par l'al. 195.1(1)(c) était une limite raisonnable et justifiée: (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 1.

Le 2 novembre 1987, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il est vague ou incertain?
3. Si la réponse aux questions 1 ou 2 est affirmative, l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Ces questions ont fait l'objet d'un examen complet dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, et il n'est donc pas nécessaire que je reprenne l'analyse en l'espèce, sauf pour dire que mes motifs s'appliquent tout aussi bien dans ce pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Yes
2. No
3. Yes

The appeal is, accordingly, dismissed.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—For the reasons set out in my judgment in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, it is my view that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes on the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

As my reasons in the Reference make clear, it is my view that s. 195.1(1)(c) does not infringe the right contained in s. 7 of the *Charter* on the ground that it is so vague as to violate the requirement that the criminal law be clear. Nonetheless, the impugned provision infringes the s. 7 right to liberty in a manner which is not in accord with the principles of fundamental justice. This infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the acquittal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - A. Yes.
2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringe or deny the right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds of vagueness or uncertainty?
 - A. For the reasons set out in my judgment in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, although s. 195.1(1)(c) is not vague or uncertain, it nevertheless infringes s. 7 of the *Charter*.

1. Oui.
2. Non.
3. Oui.

Le pourvoi est donc rejeté.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Pour les motifs que j'ai prononcés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, j'estime que l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Comme je l'indique clairement dans mes motifs du Renvoi, j'estime que l'al. 195.1(1)(c) ne porte pas atteinte au droit prévu à l'art. 7 de la *Charte* en raison d'une imprécision qui violerait l'exigence de clarté du droit criminel. Néanmoins, la disposition contestée porte atteinte au droit à la liberté reconnu à l'art. 7 d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'acquiescement.

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

1. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 - R. Oui.
2. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel* viole-t-il ou nie-t-il le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il est vague ou incertain?
 - R. Pour mes motifs dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) n'est ni vague ni incertain, mais porte néanmoins atteinte à l'art. 7 de la *Charte*.

3. If the answer to either Questions 1 and 2 is yes, is s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. No.

Appeal dismissed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Freeland, Royal & McCrum, Edmonton.

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

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

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

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

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

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

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

3. Si la réponse aux questions 1 ou 2 est affirmative, l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^a

R. Non.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.

^b

Procureurs de l'appelante: Freeland, Royal & McCrum, Edmonton.

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

^c

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

^d

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

^e

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

^f

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

^g

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

^h

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Dorman Thomas Skinner *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SKINNER

File No.: 20428.

1988: December 1, 2; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Prostitution — Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution — Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes the freedoms of expression and of association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The respondent was charged with “communicating in a public place for the purpose of obtaining the sexual services of a prostitute” contrary to s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*. The trial judge convicted the respondent but the Court of Appeal set aside the conviction holding

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Dorman Thomas Skinner *Intimé*

^a

et

^b

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées *Intervenants*

^c

RÉPERTORIÉ: R. c. SKINNER

N° du greffe: 20428.

1988: 1^{er}, 2 décembre; 1990: 31 mai.

^d

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

^e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par l'art. 195.1(1)c du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)c du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

^g

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Interdiction par l'art. 195.1(1)c du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)c du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

^h

Droit criminel — Prostitution — Interdiction par l'art. 195.1(1)c du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution — L'article 195.1(1)c du Code porte-t-il atteinte aux libertés d'expression et d'association garanties par les art. 2b) et 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

ⁱ

L'intimé a été accusé d'avoir «communiqué dans un endroit public dans le but de retenir les services sexuels d'une prostituée» en contravention de l'al. 195.1(1)c du *Code criminel*. Le juge du procès a reconnu l'intimé coupable, mais la Cour d'appel a annulé la déclaration

^j

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

that s. 195.1(1)(c) infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that s. 195.1(1)(c) was not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The court also suggested that s. 195.1(1)(c) violated the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter*. This appeal is to determine whether s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes s. 2(b) or (d) of the *Charter*; and, if so, whether s. 195.1(1)(c) is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

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

Per Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ.: Section 195.1(1)(c) of the *Code* does not infringe s. 2(d) of the *Charter*. In proscribing street solicitation for the purposes of prostitution, s. 195.1(1)(c) attacks expressive activity of a commercial nature. It focuses on the prostitute or customer who stops or communicates with another person in a public place for the purposes of engaging in prostitution. The target of s. 195.1(1)(c), therefore, is expressive conduct and not conduct of an associational nature. The section does not directly proscribe an agreement between two individuals for the exchange of sex for money, nor sexual relations between consenting individuals. The mere fact that an impugned legislative provision limits the possibility of commercial activities or agreements is not sufficient to show a *prima facie* interference with s. 2(d).

For the reasons given by the Chief Justice in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per Lamer J.: For the reasons given by the Chief Justice, s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* does not infringe s. 2(d) of the *Charter*. For the reasons I gave in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): For the reasons given by the minority in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, s. 195.1(1)(c) of the *Code* infringes the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Section 195.1(1)(c) of the *Code* also infringes the right to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. A provision which prohibits parties from associating with a view to pursuing a lawful common

de culpabilité, concluant que l'al. 195.1(1)(c) violait la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. La cour a également laissé entendre que l'al. 195.1(1)(c) violait la garantie de liberté d'association reconnue à l'al. 2d) de la *Charte*. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'al. 195.1(1)(c) du *Code* viole l'al. 2b) ou d) de la *Charte*; et, dans l'affirmative, si l'al. 195.1(1)(c) peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

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

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Sopinka: L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. En interdisant la sollicitation de rue aux fins de prostitution, l'al. 195.1(1)(c) s'attaque à une activité d'expression de nature commerciale. Il vise directement le prostitué ou le client qui s'arrête ou communique avec une autre personne dans un lieu public dans le but de se livrer à la prostitution. La cible de l'al. 195.1(1)(c) est donc une activité d'expression et non une conduite associative. La disposition n'interdit ni un accord entre deux personnes quant à l'échange d'activités sexuelles contre de l'argent ni des relations sexuelles entre personnes consentantes. Le simple fait qu'une disposition limite la possibilité d'activités ou de conventions commerciales ne suffit pas pour démontrer *prima facie* la présence d'une entrave à la liberté d'association garantie à l'al. 2d).

Pour les motifs donnés par le Juge en chef dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* viole l'al. 2b) de la *Charte* mais peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Lamer: Pour les motifs donnés par le Juge en chef, l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. Pour les motifs que j'ai donnés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* viole l'al. 2b) de la *Charte* mais peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): Pour les motifs de la minorité dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, l'al. 195.1(1)(c) du *Code* viole le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code* viole également le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Une disposition qui interdit à des parties de s'associer en vue de poursuivre un objectif commun licite viole l'al.

objective infringes s. 2(d), whether that objective is entry into a commercial transaction or some other lawful objective. In considering whether or not a given activity is protected under s. 2(d), the Court must have regard to how that activity is pursued rather than to the nature of the activity. In the present context, prostitutes and potential customers associate when they meet to discuss the sale of sex. That meeting is the form their association takes and this is what s. 2(d) protects, not the activity in which they intend to engage thereafter. So long as it remains lawful to sell sex for money, there is a right to associate with others in order to reach an agreement for this purpose. Section 195.1(1)(c) of the *Code*, which seeks to prohibit both the meetings and the communications between prostitutes and potential customers, infringes freedom of association as well as freedom of expression. Even if the legislature's purpose in enacting s. 195.1(1)(c) was not to restrict freedom of association, that is clearly the effect of the legislation. Section 195.1(1)(c) interferes directly with a prostitute's ability to associate with potential customers.

Section 195.1(1)(c) is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the nuisance caused by street solicitation, at least in the major population centres in Canada, is a pressing and substantial concern warranting a limitation on freedom of association, s. 195.1(1)(c) fails to meet the proportionality test. The measures are rationally connected to the prevention of the nuisance, but s. 195.1(1)(c) is too broad and not sufficiently tailored to the objective. In view of the expansive meaning given to the expression "public place" in s. 195.1(2) of the *Code*, s. 195.1(1)(c) prevents a prostitute and potential customer from associating in a wide range of circumstances in which no nuisance will result from their meeting together. It is not reasonable to prohibit associational activity that harms no one on the basis that in some circumstances and in some areas a high concentration of that activity may give rise to a public or social nuisance. If such activity is to be prohibited, there must be a much closer nexus between the associational activity that is prohibited and the nuisance to which it is alleged to give rise.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; **referred to:** *Reference re Public Service Employee Relations Act*

2d) de la *Charte*, qu'il s'agisse de la réalisation d'une opération commerciale ou de quelque autre objectif licite. Dans l'examen de la question de savoir si une activité donnée est protégée en vertu de l'al. 2d), la Cour doit tenir compte de la manière dont cette activité est poursuivie plutôt que de la nature de l'activité. Dans le présent contexte, les prostituées et leurs clients s'associent lorsqu'ils se rencontrent pour discuter de la vente de services sexuels. Cette rencontre est la forme que prend leur association et c'est ce que l'al. 2d) protège; il ne protège pas l'activité qu'ils ont l'intention d'exercer par la suite. Tant qu'il demeure licite de vendre des services sexuels pour de l'argent, il existe un droit de s'associer à d'autres pour arriver à un accord à cette fin. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code*, qui cherche à interdire et les rencontres et les communications entre prostituées et clients éventuels, viole la liberté d'association de même que la liberté d'expression. Même si, en adoptant l'al. 195.1(1)c), le législateur n'avait pas pour objectif de restreindre la liberté d'association, c'est clairement l'effet de la disposition. L'alinéa 195.1(1)c) porte atteinte directement à la capacité d'un prostitué de s'associer à des clients éventuels.

L'alinéa 195.1(1)c) ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que la nuisance causée par la sollicitation de rue, du moins dans les grands centres urbains du Canada, soit une préoccupation urgente et réelle qui justifie une limitation de la liberté d'association, l'al. 195.1(1)c) ne respecte pas le critère de proportionnalité. Les mesures ont un lien rationnel avec la prévention de la nuisance, mais l'al. 195.1(1)c) est trop large et n'est pas suffisamment adapté à l'objectif. Étant donné le sens très étendu que le par. 195.1(2) du *Code* donne à l'expression «endroit public», l'al. 195.1(1)c) interdit à un prostitué et à un client éventuel de s'associer dans une grande variété de circonstances où leur rencontre ne produira aucune nuisance. Il n'est pas raisonnable d'interdire une activité associative qui ne fait de tort à personne pour le motif que dans certaines circonstances et dans certains endroits une forte concentration de cette activité peut créer une nuisance publique ou sociale. Si cette activité doit être interdite, il doit y avoir un lien beaucoup plus étroit entre l'activité associative interdite et la nuisance qui en résulte.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à la Public*

(Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226.

By Lamer J.

Applied: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; **referred to:** *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226.

By Wilson J. (dissenting)

Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195.1(1)(c) [ad. 1972, c. 13, s. 15; rep. & sub. 1985, c. 50, s. 1], (2) [*idem*].

Authors Cited

Trotter, Gary T. Annotation (1987), 58 C.R. (3d) 138.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1987), 79 N.S.R. (2d) 8, 196 A.P.R. 8, 35 C.C.C. (3d) 202, 58 C.R. (3d) 137, 30 C.R.R. 338, setting aside respondent's conviction on a charge under s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Kenneth W. F. Fiske and *Robert E. Lutes*, for the appellant.

Joel E. Pink, Q.C., and *Donald C. Murray*, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226.

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; **arrêt mentionné:** *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 195.1(1)c) [aj. 1972, ch. 13, art. 15; abr. & rempl. 1985, ch. 50, art. 1], (2) [*idem*].

Doctrine citée

Trotter, Gary T. Annotation (1987), 58 C.R. (3d) 138.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1987), 79 N.S.R. (2d) 8, 196 A.P.R. 8, 35 C.C.C. (3d) 202, 58 C.R. (3d) 137, 30 C.R.R. 338, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé sur une accusation fondée sur l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Kenneth W. F. Fiske et *Robert E. Lutes*, pour l'appelante.

Joel E. Pink, c.r., et *Donald C. Murray*, pour l'intimé.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Gale Welsh, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Sopinka JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The respondent, Dorman Thomas Skinner, was charged that he:

... at or near Halifax, in the County of Halifax, Nova Scotia, on or about the 2nd day of January, 1986, did unlawfully in a public place communicate with Aileen Richardson for the purpose of obtaining the sexual services of a prostitute, contrary to Section 195.1(1)(c) of the Criminal Code of Canada.

Section 195.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, reads as follows:

195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

- (a) stops or attempts to stop any motor vehicle,
- (b) impedes the free flow of pedestrian or vehicular traffic or ingress to or egress from premises adjacent to that place, or
- (c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In this section, "public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view.

Section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees that everyone has, among others, the following fundamental freedoms:

Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenante l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'intimé, Dorman Thomas Skinner, a été accusé d'avoir:

[TRADUCTION] ... à Halifax ou ses environs, dans le comté de Halifax (Nouvelle-Écosse), le 2 janvier 1986 ou vers cette date, dans un endroit public, illégalement communiqué avec Aileen Richardson dans le but de retenir les services sexuels d'une prostituée, en contravention de l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel du Canada.

L'article 195.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, est ainsi rédigé:

195.1 (1) Est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre:

- a) soit arrête ou tente d'arrêter un véhicule à moteur;
- b) soit gêne la circulation des piétons ou des véhicules, ou l'entrée ou la sortie d'un lieu contigu à cet endroit;
- c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

(2) Au présent article, «endroit public» s'entend notamment de tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite; y est assimilé tout véhicule à moteur situé dans un endroit soit public soit situé à la vue du public.

L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit notamment à chacun les libertés fondamentales suivantes:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(d) freedom of association.

Section 1 of the *Charter* provides that:

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

On the evening of Thursday, January 2, 1986, Constable Aileen Richardson, a member of the Morality Squad of the Halifax Police Department, was working in an undercover capacity in the area of Cornwallis Park in the city of Halifax, posing as a prostitute. Constable Richardson dressed in slacks and a fur coat, was strolling back and forth on the sidewalk adjacent to the park. Seated in an unmarked police cruiser parked nearby were Sergeant Ronald Mosher, the head of the Morality Squad, and Constable Bill MacLeod. Constable Richardson was fitted with a body pack voice recording device. Any conversations Constable Richardson engaged in could be heard by Sergeant Mosher in the police cruiser. At approximately 10:25 p.m., the respondent, a resident of Dartmouth, walked across Hollis Street from the area of the Nova Scotian Hotel and approached Constable Richardson. They exchanged greetings. The respondent walked past Constable Richardson a distance of approximately twelve feet, stopped, and walked back to her. As they strolled side by side on the sidewalk, Skinner and Richardson engaged in the following conversation:

S.: How much do you charge?
 R.: For what?
 S.: For a blow job. [fellatio]
 R.: What do you have?
 S.: Ooh, you charge by how much the person has. Do you have a place?
 R.: No.
 S.: Where do you live?
 R.: Not close to here.
 S.: Well, how much do you charge for a blow job?

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

a d) liberté d'association.

L'article premier de la *Charte* dispose:

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

Le jeudi 2 janvier 1986 au soir, l'agent Aileen Richardson, membre de l'escouade des mœurs, au service de police de Halifax, travaillait comme agent banalisé dans les environs de Cornwallis Park dans la ville de Halifax, jouant le rôle d'une prostituée. L'agent Richardson, vêtue d'un pantalon et d'un manteau de fourrure, allait et venait sur le trottoir adjacent au parc. Assis dans une auto patrouille banalisée, stationnée près de là, se trouvaient le sergent Ronald Mosher, chef de l'escouade des mœurs, et l'agent Bill MacLeod. L'agent Richardson portait un micro-émetteur de poche qui permettait aussi d'enregistrer la parole. Toutes ses conversations pouvaient être entendues dans l'auto patrouille par le sergent Mosher. Vers 10 h 25, l'intimé, un résident de Dartmouth, venant des environs de l'hôtel Nova Scotian, a traversé la rue Hollis et s'est approché de l'agent Richardson. Ils se sont salués. L'intimé est passé devant l'agent Richardson, s'est arrêté environ douze pieds plus loin et est revenu vers elle. Comme ils marchaient côte à côte sur le trottoir, Skinner et Richardson ont eu la conversation suivante.

[TRADUCTION]
 S.: C'est combien?
 R.: Pour quoi?
 S.: Pour une pipe. [fellation]
 i R.: Combien as-tu?
 S.: Oh, c'est selon ce que le type a dans ses poches. As-tu un endroit?
 R.: Non.
 S.: Où demeures-tu?
 j R.: Assez loin.
 S.: Bon, c'est combien pour une pipe?

At this point, Constable Richardson turned and walked away from the respondent. Sergeant Mosher and Constable MacLeod pulled up to the curb in the police cruiser and got out. Sergeant Mosher advised the respondent that he was under arrest, told him the reason for the arrest, and advised him of his right to counsel.

In Nova Scotia Provincial Court, the respondent pleaded not guilty and, as his defence, challenged the constitutional validity of s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*. He argued that the provision violated the freedoms of expression and association declared in s. 2 of the *Charter*. The respondent was convicted and sentenced to a fine of \$100 and, in default, to imprisonment for ten days.

The respondent appealed to the Nova Scotia Court of Appeal. MacKeigan J.A. (Clarke C.J.N.S. and Pace J.A. concurring), found that s. 195.1(1)(c), in prohibiting an expressive economic message, constituted a *prima facie* violation of s. 2(b) of the *Charter*: (1987), 79 N.S.R. (2d) 8. The s. 2(d) issue did not receive extensive consideration. However, MacKeigan J.A. did suggest that s. 195.1(1)(c) also violated s. 2(d), at p. 15:

Section 195.1 would similarly appear to offend s. 2(d) of the *Charter* (Freedom of Association) inhibiting the free association of prostitute and customer; does not s. 2(d) protect sexual association between consenting adults—whether the consent is freely given or paid for?

The majority of the Court of Appeal then went on to find that the impugned provision could not be upheld under s. 1 of the *Charter*. Section 195.1(1)(c) was accordingly declared of no force or effect.

Jones J.A., in dissent in the Court of Appeal, found that the impugned provision violated neither the fundamental guarantee of freedom of expression under s. 2(b) nor that of freedom of association under s. 2(d).

This Court granted leave to appeal, [1987] 2 S.C.R. ix, and stated three constitutional questions quoted at the conclusion of these reasons. The Attorneys General of Canada, British Columbia,

À ce moment-là, l'agent Richardson a fait demi-tour et s'est éloignée de l'intimé. L'auto patrouille s'est rangée le long du trottoir et le sergent Mosher et l'agent MacLeod en sont sortis. Le sergent Mosher a avisé l'intimé qu'il était en état d'arrestation, lui a donné le motif de son arrestation et l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat.

En Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, l'intimé a plaidé non coupable et, dans sa défense, a contesté la constitutionnalité de l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*. Il a allégué que cette disposition viole les libertés d'expression et d'association reconnues à l'art. 2 de la *Charte*. Il a été déclaré coupable et condamné à une amende de 100 \$ ou, à défaut, à un emprisonnement de dix jours.

L'intimé a fait appel et le juge MacKeigan de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (avec l'appui du juge en chef Clarke et du juge Pace) a conclu que, parce qu'il interdit l'expression d'un message économique, l'al. 195.1(1)(c), constitue à première vue une violation de l'al. 2b) de la *Charte*: (1987), 79 N.S.R. (2d) 8. La question relative à l'al. 2d) n'a pas fait l'objet d'une étude approfondie. Le juge MacKeigan a cependant laissé entendre que l'al. 195.1(1)(c) violait également l'al. 2d), à la p. 15:

[TRADUCTION] L'article 195.1 semblerait également porter atteinte à l'al. 2d) de la *Charte* (liberté d'association) en interdisant la libre association d'un prostitué et d'un client; l'al. 2d) ne protège-t-il pas l'association sexuelle entre adultes consentants, que le consentement soit donné librement ou acheté?

Puis, la Cour d'appel à la majorité a conclu que la disposition contestée ne pouvait être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte* et, en conséquence, a déclaré inopérant l'al. 195.1(1)(c).

Le juge Jones, dissident en Cour d'appel, a conclu que la disposition contestée ne violait ni la garantie fondamentale de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) ni celle de liberté d'association reconnue à l'al. 2d).

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi, [1987] 2 R.C.S. ix, et formulé trois questions constitutionnelles citées à la fin des présents motifs. Les procureurs généraux du Canada, de la

Alberta, Saskatchewan, and Ontario were granted leave to intervene, as was the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes. The case was heard together with *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226. The respondent in this case challenges s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* as constituting a violation of both s. 2(b) and s. 2(d) of the *Charter*. The challenge under the s. 2(b) guarantee of freedom of expression is addressed by the Court in the reasons given in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, released concurrently. The challenge to the impugned legislative provision under the s. 2(d) guarantee of freedom of association is unique to this appeal.

Before this Court, however, very little emphasis was put on the s. 2(d) challenge. The arguments put forward to challenge s. 195.1(1)(c) under s. 2(d) were largely secondary to and dependent on those challenging the provision under the s. 2(b) guarantee of freedom of expression.

The appellant submits that as the impugned provision proscribes "street prostitution" rather than sexual association between consenting adults, s. 2(d) is not infringed. In other words, it is the appellant's contention that s. 2(d) *Charter* protection does not extend to one-on-one bargaining between a prostitute and a customer in public. The appellant refers to Trotter's annotation to the Court of Appeal reasons in this case reported in 58 C.R. (3d) 138, which found that the majority judgment erred in its s. 2(d) analysis (at p. 139):

The issue is not whether it is permissible for one person to pay another for sex, but whether one is guaranteed the right to impede the flow of pedestrian and vehicular traffic for the purposes of entering into that form of association.

In sum, it is the appellant's submission that "[t]he scope of the freedom rests on a much higher plane", and that s. 2(d) of the *Charter* has nothing to do with s. 195.1(1)(c) of the *Code*.

Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et de l'Ontario ont reçu l'autorisation d'intervenir, tout comme l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées. Le pourvoi a été entendu en même temps que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226. L'intimé dans le présent pourvoi conteste l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* qui est, selon lui, une violation à la fois de l'al. 2b) et de l'al. 2d) de la *Charte*. La Cour examine la contestation fondée sur la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)* déposé en même temps que le présent jugement. La contestation fondée sur la liberté d'association garantie par l'al. 2d) n'est soulevée que dans le présent pourvoi.

Cependant, devant notre Cour, la contestation fondée sur l'al. 2d) a moins retenu l'attention. Les arguments avancés pour contester l'al. 195.1(1)(c) en vertu de l'al. 2d) étaient, pour la plupart, secondaires ou subordonnés aux arguments présentés pour contester cette disposition sur le fondement de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b).

L'appelante soutient que la disposition contestée interdit «la prostitution de rue» et non l'association sexuelle entre adultes consentants et que, par conséquent, il n'y a pas violation de l'al. 2d). Autrement dit, l'appelante prétend que la garantie de l'al. 2d) de la *Charte* ne s'étend pas au marchandage privé qui intervient en public entre un prostitué et un client. L'appelante renvoie à une annotation de Trotter relative aux motifs de la Cour d'appel en l'espèce, publiés à 58 C.R. (3d) 138, qui conclut que la majorité fait une analyse erronée de l'al. 2d) (à la p. 139):

[TRADUCTION] La question litigieuse n'est pas de savoir s'il est permis de payer pour obtenir les services sexuels d'une personne, mais plutôt si le droit d'entraver la circulation des piétons et des véhicules aux fins de former une telle association est garanti.

En résumé, l'appelante soutient que [TRADUCTION] «[l]a portée de la liberté se situe à un niveau beaucoup plus élevé» et l'al. 2d) de la *Charte* n'a rien à voir avec l'al. 195.1(1)(c) du *Code*.

In reply, the respondent argues that s. 195.1(1)(c) prohibits individuals with a mutual desire to engage in prostitution from making contact with each other through communication in a public place. The provision thereby attacks an individual's underlying motive or rationale for being in association with another individual. Sexual activity is not prohibited, and it is argued, therefore, that the scope of s. 2(d) must be wide enough to protect the association of individuals for the purpose of engaging in sexual relations.

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, this Court undertook a full review of the historical origins and constitutional scope of freedom of association. I find it unnecessary to repeat here the purposes and meaning of the s. 2(d) Charter guarantee explored in the judgments in that case. I will only say that the offer of a service by a prostitute, or the request for that service by the prostitute's customer clearly falls beyond the ambit of any definition of freedom of association considered in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)* In the context of the impugned legislation which criminalizes street solicitation for the purposes of prostitution, I intend to avoid any unnecessary delineation of the scope of freedom of association.

I am unable to find any persuasive argument presented before this Court for finding that the respondent's s. 2(d) freedom is infringed by the impugned legislative provision. The starting point for an assessment of the s. 2(d) challenge in this case is an inquiry into the essence of the offence. The nature of the activity to which the legislation is directed is communicating in a public place for the purposes of engaging in prostitution. It is of course true that such communication or solicitation is aimed at either a prostitute or a potential customer and that the expressive activity is meant to lead to an exchange of sex for money. That exchange or sale requires the involvement of another party, and contemplates as the final objective the "association" of the individuals in some form of sexual activity.

L'intimé réplique que l'al. 195.1(1)c) interdit à des personnes qui partagent le désir de se livrer à la prostitution de communiquer l'une avec l'autre dans un endroit public, afin de prendre contact. La disposition attaque ainsi le motif ou la raison sous-jacente qu'a une personne de s'associer à une autre. L'activité sexuelle n'est pas interdite et, allègue-t-on, la portée de l'al. 2d) doit donc être assez large pour protéger l'association d'individus dans le but d'avoir des relations sexuelles.

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, notre Cour a fait un examen complet des origines historiques et de la portée constitutionnelle de la liberté d'association. J'estime inutile de revenir ici sur les objets et le sens de la garantie reconnue par l'al. 2d) de la Charte qui ont été examinés dans les motifs de cet arrêt. Je me limiterai à dire que l'offre de services par un prostitué, ou la demande de ces services par le client du prostitué, échappe nettement à la portée de toute définition de liberté d'association envisagée dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)* Dans le contexte de la disposition contestée qui érige en infraction criminelle la sollicitation de rue à des fins de prostitution, j'ai l'intention d'éviter toute délimitation inutile de la portée de la liberté d'association.

Je n'arrive pas à trouver, parmi les arguments présentés à notre Cour, un argument convaincant qui permette de conclure que la disposition contestée viole la liberté reconnue à l'al. 2d). L'appréciation de la contestation fondée sur l'al. 2d) en l'espèce commence par un examen de l'essence de l'infraction. La nature de l'activité visée par la disposition est la communication dans un lieu public dans le but de se livrer à la prostitution. Il est incontestable que cette communication ou cette sollicitation est destinée soit à un prostitué soit à un client éventuel et que cette expression a pour but l'échange d'activités sexuelles contre de l'argent. Cet échange ou cette vente exige la participation d'une autre partie et envisage comme objectif final l'«association» des personnes dans une forme quelconque d'activité sexuelle.

The target of the impugned legislation, however, is expressive conduct. In proscribing street solicitation for the purposes of prostitution, the provision attacks expressive activity of a commercial nature. It focuses on the prostitute or customer who stops or communicates with another person in a public place for the purposes of engaging in prostitution. In contrast, it does not attack conduct of an associational nature. In answer to the respondent's assertion that such an attack is to be found in the legislation's interference with an agreement between two individuals for the exchange of sex for money and with sexual relations between consenting individuals, I fail to find that the impugned provision directly proscribes either activity. I find it unnecessary to decide whether the exercise of either activity would be protected by s. 2(d) if it were to be the target of the legislation.

The Attorney General of Canada makes the following submission with which I am in agreement:

The Respondent asserts that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringes the freedom of association since it prohibits individuals "from making contact with others through words, acts, gestures, or mere presence in public places". It is respectfully submitted that the challenged provision does not, on any rational construction, purport to reach "mere presence in public", and that the gravamen of the complaint is therefore that s. 195.1(1)(c) interferes with communications by word or deed. That is an issue which falls squarely under the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the Charter and which ought appropriately to be resolved there.

It might be said that as the limitation on freedom of expression to be found in s. 195.1(1)(c) also has the effect of limiting association, the impugned section should be held to violate s. 2(d) as well as s. 2(b). In my view, however, an analysis of the effects of s. 195.1(1)(c) on freedom of association does not advance the respondent's case. Most limitations on expression have the effect of limiting the possibilities for human association. It is certainly the case that all limitations on commercial expression will have the effect of limiting the possibilities for commercial transactions. I do

La cible de la disposition contestée est cependant une activité d'expression. En interdisant la sollicitation de rue aux fins de prostitution, la disposition s'attaque à une activité d'expression de nature commerciale. Elle vise directement le prostitué ou le client qui s'arrête ou communique avec une autre personne dans un lieu public dans le but de se livrer à la prostitution. Par contre, elle ne porte pas atteinte à une conduite associative. À l'affirmation de l'intimé qu'une telle atteinte résulte de ce que la disposition législative fait obstacle à un accord entre deux individus quant à l'échange de services sexuels contre de l'argent et à des relations sexuelles entre deux personnes consentantes, je répondrai que je ne trouve rien dans la disposition contestée qui interdise directement l'une ou l'autre de ces activités. J'estime inutile de décider si l'exercice de l'une ou l'autre activité serait protégé par l'al. 2d) s'il était effectivement la cible de la disposition.

Le procureur général du Canada présente l'argumentation suivante avec laquelle je suis d'accord.

[TRADUCTION] L'intimé fait valoir que l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* viole la liberté d'association puisqu'il interdit à des personnes «de prendre contact avec d'autres au moyen de paroles, d'actes, de gestes, ou d'une simple présence dans des lieux publics». Nous soutenons respectueusement qu'aucune interprétation rationnelle ne permet de dire que la disposition contestée vise «la simple présence en public». En conséquence le fondement de la plainte est que l'al. 195.1(1)c) entrave les communications orales ou écrites. C'est là une question qui relève nettement de la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la Charte et qui doit être tranchée en fonction de cet alinéa.

On pourrait dire que, puisque la limite imposée à la liberté d'expression à l'al. 195.1(1)c) a également pour effet de restreindre l'association, on devrait conclure que cette disposition viole l'al. 2d) autant que l'al. 2b). À mon avis, cependant, une analyse des effets de l'al. 195.1(1)c) sur la liberté d'association n'aide pas la cause de l'intimé. La plupart des limites imposées à l'expression ont pour effet de restreindre les possibilités d'association des humains. Il est certain que toutes les limites imposées à l'expression commerciale auront pour effet de limiter les possibilités d'opérations

not find convincing the argument that freedom of association is infringed by s. 195.1(1)(c) because that provision has the effect of making it more difficult for individuals to transact commercial bargains for the sale of sex. The mere fact that an impugned legislative provision limits the possibility of commercial activities or agreements is not, in my view, sufficient to show a *prima facie* interference with the s. 2(d) guarantee of freedom of association. The primary focus of the constitutional challenge advanced in this case was on the s. 2(b) guarantee of freedom of expression and in my view, given the nature of the impugned legislative provision, the respondent must succeed or fail on the basis of the s. 2(b) challenge.

I conclude that s. 195.1(1)(c) does not constitute a *prima facie* infringement of the s. 2(d) freedom of association guaranteed by the *Charter*. I emphasize the fact that I come to this conclusion based on the characteristics of the specific legislative provision being challenged here and the nature of the proscribed activity. As this Court has made clear many times, the scope of any *Charter* guarantee must be delineated on a case-by-case basis.

This Court has found that the impugned provision does constitute a *prima facie* infringement of s. 2(b) freedom of expression for the reasons given in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)* In my reasons in that Reference, I found that infringement to be justifiable under s. 1, and I adopt those reasons and conclusion in this appeal.

I would accordingly allow the appeal, set aside the order of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia and restore the conviction entered and sentence imposed by the Provincial Court judge.

I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

commerciales. Je ne trouve pas convaincant l'argument selon lequel l'al. 195.1(1)(c) porte atteinte à la liberté d'association parce qu'il a pour effet de rendre plus difficiles les négociations commerciales visant la vente de services sexuels. Le simple fait qu'une disposition limite la possibilité d'activités ou de conventions commerciales ne suffit pas, à mon avis, pour démontrer *prima facie* la présence d'une entrave à la liberté d'association garantie l'al. 2d). La contestation constitutionnelle en l'espèce est principalement axée sur la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) et, à mon avis, vu la nature de la disposition législative contestée, l'intimé doit réussir ou échouer sur le fondement de la contestation fondée sur l'al. 2b).

Je conclus que l'al. 195.1(1)(c) ne constitue pas à première vue une violation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Je souligne que j'arrive à cette conclusion en me fondant sur les caractéristiques de la disposition législative particulière qui est contestée dans le présent pourvoi et sur la nature de l'activité interdite. Comme notre Cour l'a dit clairement à plusieurs reprises, la portée de toute garantie offerte par la *Charte* doit être déterminée cas par cas.

Notre Cour a conclu que la disposition contestée constitue à première vue une violation de la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) pour les motifs donnés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)* Dans ce Renvoi, j'ai conclu, dans mes motifs, que l'atteinte était justifiée en vertu de l'article premier, et j'adopte ces motifs et cette conclusion dans le présent pourvoi.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite et la peine imposée par le juge de la Cour provinciale.

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

Question 1. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications, viole-t-il la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer Yes.

Question 2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a

Answer No.

Question 3. If s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringes rights guaranteed by s. 2(b) or s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 195.1(1)(c) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^b

Answer Yes, as pertains to the infringement of s. 2(b). There is no need to answer this question with respect to s. 2(d). ^c

Réponse Oui.

Question 2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^a

Réponse Non.

Question 3. Si l'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* viole les droits garantis par les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 195.1(1)c) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^b

Réponse Oui, en ce qui concerne la violation de l'al. 2b). Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question en ce qui concerne l'al. 2d). ^c

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—This appeal deals mainly with similar issues as those raised in the companion cases of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226, released concurrently. In short, this appeal deals specifically with s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and whether it restricts freedom of expression and association as guaranteed by s. 2(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I set out the constitutional questions stated for this appeal by order of the Chief Justice: ^e

1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^f
2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^g
3. If s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringes rights guaranteed by s. 2(b) or s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 195.1(1)(c) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^h

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi porte essentiellement sur des questions semblables à celles des arrêts connexes *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226, qui sont déposés en même temps. En bref, ce pourvoi traite spécifiquement de l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et de la question de savoir s'il restreint la liberté d'expression et la liberté d'association garanties par les al. 2b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je reproduis les questions constitutionnelles formulées pour le présent pourvoi par ordonnance du Juge en chef: ⁱ

1. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications, viole-t-il la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^j
2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^k
3. Si l'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* viole les droits garantis par les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 195.1(1)c) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^l

The Chief Justice has set out the facts and procedural history of this appeal and I need not, therefore, repeat them here. For the reasons I have given in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, I am of the view that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* does restrict freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter*, but that the legislation is a reasonable and demonstrably justified limit on that freedom under s. 1 of the *Charter*.

There remains then, the issue of whether the impugned section of the *Criminal Code* restricts freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. In this regard, I am in agreement with the analysis of the Chief Justice in his reasons for judgment in this appeal.

I would, accordingly, answer the constitutional questions as follows:

1. Yes.
2. No.
3. Yes, the restriction on s. 2(b) of the *Charter* is justified by s. 1. The question does not have to be answered in respect of s. 2(d) of the *Charter*.

Therefore, the appeal is allowed.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—For the reasons set out in my judgment in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, it is my view that s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringes the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1 of the *Charter*.

I have had the benefit of reading the Chief Justice's reasons with respect to whether s. 195.1(1)(c) of the *Code* also infringes the right to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. The Chief Justice concludes that it does not. In his view, the provision does not interfere

Le Juge en chef a exposé les faits et l'histoire procédurale de ce pourvoi qu'il n'est donc pas nécessaire de répéter ici. Pour les motifs que j'ai donnés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, je suis d'avis que l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel* restreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, mais qu'il impose à cette liberté des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Il reste alors à décider si cette disposition contestée du *Code criminel* restreint la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Sur ce point, je suis d'accord avec l'analyse que fait le Juge en chef dans ses motifs en l'espèce.

Je suis donc d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. Oui.
2. Non.
3. Oui, la restriction apportée à l'al. 2b) de la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier. Il n'y a pas lieu de répondre à la question en ce qui concerne l'al. 2d) de la *Charte*.

Le pourvoi est donc accueilli.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Pour les motifs que j'ai exposés dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, je suis d'avis que l'al. 195.1(1)(c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, viole le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef sur la question de savoir si l'al. 195.1(1)(c) du *Code* viole également le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Le Juge en chef conclut par la négative. À son avis, la disposition n'entrave pas une conduite de nature associa-

with conduct of an associational nature; it focuses rather on communication between the prostitute and the potential customer. I cannot agree with the Chief Justice. I cannot see these as mutually exclusive and believe that the same conduct can constitute an infringement of both sections. Nor do I think that the Chief Justice's conclusion is mandated by the majority decision in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

Freedom of Association

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, McIntyre J. had occasion to review several approaches to freedom of association. After rejecting a number of them he stated at p. 406:

The purpose of freedom of association is to ensure that various goals may be pursued in common as well as individually. Freedom of association is not concerned with the particular activities or goals themselves; it is concerned with how activities or goals may be pursued. [Emphasis added.]

He went on to observe at p. 407:

Of the remaining approaches, it must surely be accepted that the concept of freedom of association includes at least the right to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations as set out in the first approach. This is essentially the freedom of association enjoyed prior to the adoption of the *Charter*. It is, I believe, equally clear that, in accordance with the second approach, freedom of association should guarantee the collective exercise of constitutional rights. Individual rights protected by the Constitution do not lose that protection when exercised in common with others. People must be free to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual. [Emphasis added.]

Le Dain J. (Beetz and La Forest JJ. concurring) agreed with McIntyre J.'s disposition of the appeal, stating at p. 391:

Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion.

ative; elle vise plutôt la communication entre le prostitué et le client éventuel. Je ne peux pas souscrire à cette conclusion. Je ne peux considérer que ces propositions s'excluent mutuellement et je crois que la même conduite peut violer les deux dispositions. Je ne crois pas non plus que la conclusion du Juge en chef soit exigée par l'arrêt de la majorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

La liberté d'association

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, le juge McIntyre a eu l'occasion d'examiner plusieurs conceptions de la liberté d'association. Après en avoir rejeté plusieurs, il a dit à la p. 406:

La liberté d'association a pour objet d'assurer que diverses fins puissent être poursuivies en commun aussi bien qu'individuellement. La liberté d'association n'a rien à voir avec les activités ou fins elles-mêmes; elle concerne la manière dont ces activités ou ces fins peuvent être poursuivies. [Je souligne.]

Il a ajouté à la p. 407:

Quant aux conceptions qui restent, on doit certainement accepter que la notion de la liberté d'association inclut à tout le moins le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations comme le mentionne la première conception. Il s'agit là essentiellement de la liberté d'association dont on jouissait avant l'adoption de la *Charte*. À mon avis, il est également clair que, conformément à la seconde conception, la liberté d'association doit garantir l'exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu'ils sont exercés collectivement. On doit pouvoir être libre d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice à chaque individu. [Je souligne.]

Le juge Le Dain (avec l'appui des juges Beetz et La Forest) a exprimé son accord avec la façon dont le juge McIntyre a tranché le pourvoi, disant à la p. 391:

La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion.

In my view, McIntyre and Le Dain JJ.'s observations stand for at least three propositions. First, a purposive reading of s. 2(d) entails that at the very least freedom of association protects a person's right to join with others in lawful common pursuits. The right to freedom of association is in no way limited to the right to create and belong to an association. A large and liberal interpretation of the provision requires that it be read so as to protect a person's ability to associate with others regardless of whether or not the association is taking place with a view to forming an "association" in the technical sense.

Second, in deciding whether a given activity is protected by s. 2(d) of the *Charter*, the focus must be on whether one person seeks to associate with another, not on the nature of the activities or goals that they wish to pursue in common. The actual activities the individuals wish to pursue in common are not, according to the majority in that case, protected by s. 2(d). Only the coming together is protected. In this respect McIntyre J.'s observations are consistent with the approach this Court has taken to other freedoms embodied in s. 2 of the *Charter*. Just as this Court made clear in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 969, that it could not "exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed", so too it is important not to exclude human activity from the scope of guaranteed free association on the basis of the purpose for which the parties seek to associate.

Third, freedom of association will, as Le Dain J. pointed out, often be of importance precisely because it is integrally linked to a person's ability to exercise other constitutionally protected rights. In a wide range of instances the freedoms guaranteed in s. 2 of the *Charter* would be of little value if one could not engage in them with others. For example, a person's right to freedom of expression would be of little value if the state could control

À mon avis, les observations des juges McIntyre et Le Dain étayaient au moins les trois propositions suivantes. Premièrement, l'al. 2d) interprété en fonction de son objet signifie qu'à tout le moins la liberté d'association protège le droit d'une personne de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites. Le droit à la liberté d'association n'est en aucune façon limité au droit de créer une association ou d'en être membre. Une interprétation large et libérale de la disposition exige qu'on la conçoive comme comportant la protection de la capacité d'une personne de s'associer à d'autres, indépendamment de la question de savoir s'il est envisagé de former une «association» au sens technique du terme.

Deuxièmement, pour décider si une activité donnée est protégée par l'al. 2d) de la *Charte*, nous devons centrer l'analyse sur la question de savoir si une personne cherche à s'associer à une autre, et non sur la nature des activités ou des objectifs qu'elles désirent poursuivre en commun. Selon la majorité dans cet arrêt, les activités que les individus désirent exercer en commun ne sont pas elles-mêmes protégées par l'al. 2d). Seul le fait de se joindre à d'autres est protégé. À cet égard, les observations du juge McIntyre sont compatibles avec la conception que notre Cour a adoptée à l'égard d'autres libertés prévues à l'art. 2 de la *Charte*. Comme notre Cour le disait clairement dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 969, elle ne peut «écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification», et il est également important qu'elle n'écarte pas une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'association en se basant sur l'objectif en vue duquel les parties cherchent à s'associer.

Troisièmement, comme l'a souligné le juge Le Dain, la liberté d'association sera souvent importante précisément parce qu'elle est liée en totalité à la capacité d'une personne d'exercer d'autres droits protégés par la Constitution. Dans une grande variété de cas, les libertés garanties à l'art. 2 de la *Charte* auraient peu de valeur si on ne pouvait pas les exercer avec d'autres. Par exemple, le droit d'une personne à la liberté d'expression

those with whom that person could communicate. If, as this Court suggested in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744, language and expression are important because they bridge the gap between isolation and community, then a right that protects expressive activity would be of little value if the state could deprive a person of the community with which he or she wishes to communicate. In many instances, the freedoms enshrined in s. 2 of the *Charter*, while separate and distinct, will be mutually reinforcing.

In the context of this appeal, the most basic aspect of the right to freedom of association is engaged, namely the ability of one person to associate with another for the pursuit of a common goal. While the Chief Justice perceives the proposed sexual activity between the prostitute and his or her customer as the association in issue, it is my view that the association we should be addressing is the association of the parties to discuss the possibility of providing or obtaining a sexual service. The parties may never in fact engage in sexual activity. They will nonetheless have associated in order to pursue a common goal, namely to negotiate a commercial transaction. I believe that a provision which prohibits parties from associating with a view to pursuing a lawful common objective infringes s. 2(d) of the *Charter*, whether that objective is entry into a commercial transaction or some other lawful objective.

I see no reason for excluding associational activity with a commercial purpose from the ambit of the term "association" in s. 2(d) of the *Charter*. If we are to treat seriously McIntyre J.'s observation that in considering whether or not a given activity is protected under s. 2(d) we must have regard to how that activity is pursued (i.e. in that case by means of association through the union) rather than to the nature of the activity (i.e. in that case collective bargaining), then it is important to recognize that a prostitute and his or her customer associate when they meet to discuss the sale of sex. That meeting is the form their association takes and, according to McIntyre J., this is what s. 2(d)

aurait peu de valeur si l'État pouvait exercer un contrôle sur ceux avec qui cette personne peut communiquer. Si, comme le dit notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 744, le langage et l'expression sont importants parce qu'ils constituent le pont entre l'isolement et la collectivité, un droit qui protège une activité d'expression aurait alors peu de valeur si l'État pouvait priver une personne de la collectivité avec laquelle elle désire communiquer. Dans de nombreux cas, les libertés consacrées à l'art. 2 de la *Charte*, bien que séparées et distinctes, se renforceront mutuellement.

Dans le contexte du présent pourvoi, c'est l'aspect le plus fondamental du droit à la liberté d'association qui est en cause, savoir la capacité d'une personne de s'associer à une autre dans la poursuite d'un objectif commun. Bien que le Juge en chef perçoive l'activité sexuelle proposée entre le prostitué et son client comme l'association en cause, je suis d'avis que l'association que nous devrions examiner est l'association des parties en vue de discuter de la possibilité de fournir ou d'obtenir des services sexuels. Il se peut, dans les faits, que les parties ne partagent jamais une activité sexuelle. Elles se seront néanmoins associées en vue de poursuivre un objectif commun, savoir négocier une opération commerciale. Je crois qu'une disposition qui interdit à des parties de s'associer en vue de poursuivre un objectif commun licite viole l'al. 2d) de la *Charte*, qu'il s'agisse de la réalisation d'une opération commerciale ou de quelque autre objectif licite.

Je ne vois aucune raison d'exclure l'activité associative ayant un objectif commercial de la portée du mot «association» employé à l'al. 2d) de la *Charte*. Si nous devons prendre au sérieux l'observation du juge McIntyre selon laquelle, dans l'examen de la question de savoir si une activité donnée est protégée en vertu de l'al. 2d), nous devons tenir compte de la manière dont cette activité est poursuivie (dans cet arrêt, par voie d'association au moyen du syndicat) plutôt que de la nature de l'activité (dans cet arrêt, la négociation collective), il est alors important de reconnaître qu'un prostitué et son client s'associent lorsqu'ils se rencontrent pour discuter de la vente de services sexuels.

protects, not the activity in which they intend to engage thereafter. The prostitute or customer who relies on s. 2(d) of the *Charter* is not claiming that prostitution is constitutionally protected by this provision. He or she is simply advancing the proposition that, so long as it remains lawful to sell sex for money, there is a right to associate with others, i.e. potential customers, in order to reach an agreement for this purpose.

In other words, it is the fact that the parties to this transaction associate that is relevant to a s. 2(d) analysis, not the fact that the reason for which they associate is to effect a commercial transaction in which sex is ultimately exchanged for money. This Court made clear in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67, that given "the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*". It seems to me that this logic also holds good for s. 2(d) of the *Charter*. Just as this Court was not prepared to make a moral judgment on the expressive activity in deciding whether or not it was protected by s. 2(b) of the *Charter*, so too it should avoid the temptation to make a moral judgment in deciding whether or not associational activity is protected by s. 2(d).

I turn now to consider whether s. 195.1(1)(c) of the *Code* violates s. 2(d) of the *Charter*.

Is the Purpose or Effect of s. 195.1(1)(c) to Restrict Freedom of Association?

With great respect to the Chief Justice, the possibility that legislation violates more than one section of the *Charter* is a real one even although its "target" appears to be more specifically directed to conduct dealt with in one section. The legislature may have intended to restrict only one constitutionally protected right but its legislation

Cette rencontre est la forme que prend leur association et, selon le juge McIntyre, c'est ce que l'al. 2d) protège; il ne protège pas l'activité qu'ils ont l'intention d'exercer par la suite. Le prostitué ou client qui invoque l'al. 2d) de la *Charte* ne prétend pas que cette disposition donne à la prostitution une protection constitutionnelle. Il fait simplement valoir que, tant qu'il demeure licite de vendre des services sexuels pour de l'argent, il existe un droit de s'associer à d'autres, c.-à-d. des clients éventuels, pour arriver à un accord à cette fin.

En d'autres termes, c'est le fait que les parties à cette opération s'associent qui est pertinent pour l'analyse fondée sur l'al. 2d), et non le fait que le motif pour lequel ils s'associent est de réaliser une opération commerciale dans laquelle des services sexuels sont finalement échangés contre de l'argent. Notre Cour a dit clairement dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 766 et 767, que, étant donné que «cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*». Il me semble que cette logique vaut également pour l'al. 2d) de la *Charte*. Tout comme notre Cour n'était pas disposée à porter un jugement moral sur l'activité d'expression pour décider si elle était ou non protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, de même elle devrait résister à la tentation de porter un jugement moral en décidant si oui ou non l'activité associative est protégée par l'al. 2d).

Je passe maintenant à la question de savoir si l'al. 195.1(1)c) du *Code* viole l'al. 2d) de la *Charte*.

L'alinéa 195.1(1)c) a-t-il pour objectif ou pour effet de restreindre la liberté d'association?

Avec beaucoup d'égards pour le Juge en chef, la possibilité qu'une disposition législative viole plus d'un article de la *Charte* est réelle même si la «cible» paraît être plus spécifiquement la conduite visée dans un seul article. Le législateur peut n'avoir voulu restreindre qu'un seul droit protégé par la Constitution, mais sa loi peut avoir pour

may in fact have the effect of restricting two *Charter* rights. One must look to both purpose and effect. The Chief Justice has affirmed this on a number of occasions. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) observed at p. 331:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.

And at p. 334 he said:

Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity.

The Chief Justice, Lamer J. and I reiterated these observations in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 976. Dealing with s. 2(b) of the *Charter*, we said:

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

In my view, Dickson J.'s observations in *Big M Drug Mart Ltd.* are as relevant to an analysis of s. 2(d) of the *Charter* as they were to the analysis of s. 2(b) advanced in *Irwin Toy*. Thus, the Court must first consider whether the purpose of the impugned provision is to restrict freedom of association. If it concludes that the government's purpose was not to restrict freedom of association, then it must still decide whether the effect of the legislation is to restrict freedom of association.

a. *Purpose*

In my view, it is far from obvious that the impugned provision does not seek to prohibit certain kinds of associational activity as well as certain kinds of expressive activity. Section 195.1(1)(c) of the *Code* states:

effet réel de restreindre deux droits reconnus par la *Charte*. Il faut regarder à la fois l'objet et l'effet. Le Juge en chef l'a affirmé à plusieurs reprises. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (tel était alors son titre) a fait observer à la p. 331:

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide.

Et il a dit à la p. 334:

Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide.

Le Juge en chef, le juge Lamer et moi-même avons répété ces observations dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 976. Traitant de l'al. 2b) de la *Charte*, nous avons dit:

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

À mon avis, les observations du juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* sont tout aussi pertinentes relativement à une analyse de l'al. 2d) de la *Charte* qu'elles l'étaient relativement à l'analyse de l'al. 2b) proposée dans l'arrêt *Irwin Toy*. Donc, la Cour doit d'abord se demander si la disposition contestée a pour objectif de restreindre la liberté d'association. Si elle conclut que l'objectif du gouvernement n'était pas de restreindre la liberté d'association, elle doit quand même décider alors si la disposition a pour effet de restreindre la liberté d'association.

a. *L'objectif*

À mon avis, il est loin d'être évident que la disposition contestée ne cherche pas à interdire certains types d'activités associatives de même que certains types d'activités d'expression. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code* dispose:

195.1 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

(c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction. [Emphasis added.]

The provision is not limited to prohibiting expressive activity. It also seeks to prohibit efforts to stop someone in a public place for the purpose of negotiating a purchase or sale of sexual services. It interferes directly with a prostitute's ability to associate with potential customers and vice versa. Thus, in addressing the social nuisance that arises from the public display of the sale of sex, the legislature has chosen to prohibit both meetings between prostitutes and potential customers and communications between prostitutes and potential customers. They can neither associate with each other or talk to each other in a public place or a place open to public view. No doubt the legislature adopted this two-pronged approach in the belief that this would prove effective in bringing to an end the social nuisance arising from the public display of the sale of sex. Indeed, given that the legislature was concerned to deal with the social nuisance accompanying the concentration of street solicitation, it is not altogether surprising that the legislature would seek to prevent prostitutes and potential customers from associating in public places as well as making their "deals" in public places. But the end result in my opinion is that the provision not only infringes the right to freedom of expression, it also infringes the right to freedom of association.

b. *Effect*

However, if I am in error in thinking that the legislature's purpose was to restrict freedom of association as well as freedom of expression, I believe that this is its effect. In limiting the circumstances in which a prostitute may communi-

195.1 (1) Est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre:

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit communiqué ou tente de communiquer avec elle. [Je souligne.]

La disposition ne se limite pas à interdire une activité d'expression. Elle cherche également à interdire toute tentative d'arrêter quelqu'un dans un endroit public en vue de négocier l'achat ou la vente de services sexuels. Elle fait directement obstacle à la capacité d'un prostitué de s'associer à des clients éventuels et vice versa. Ainsi, pour éliminer la nuisance sociale résultant de l'étalage en public de la vente de services sexuels, le législateur a choisi d'interdire à la fois les rencontres entre prostitués et clients éventuels et les communications entre prostitués et clients éventuels. Ils ne peuvent ni s'associer les uns avec les autres ni converser dans un endroit public ou situé à la vue du public. Le législateur a sans doute adopté cette méthode à deux volets parce qu'il croyait qu'elle mettrait fin efficacement à la nuisance sociale résultant de l'étalage en public de la vente de services sexuels. En fait, vu que le législateur voulait régler la nuisance sociale tenant à la concentration de la sollicitation de rue, il n'est pas du tout surprenant qu'il ait cherché à empêcher prostitués et clients éventuels de s'associer dans des endroits publics ainsi que de conclure leurs «marchés» dans des endroits publics. Mais, à mon avis, cela a comme résultat final que la disposition viole non seulement le droit à la liberté d'expression, mais aussi le droit à la liberté d'association.

b. *L'effet*

Cependant, si j'ai tort de penser que le législateur avait pour objectif de restreindre la liberté d'association de même que la liberté d'expression, je crois que tel est l'effet de la disposition. En limitant les circonstances dans lesquelles un prosti-

cate with a potential customer to situations in which they are not in a public place or a place open to public view, the impugned provision has the effect of placing serious restrictions on their freedom to associate. As section 195.1(2) makes clear, persons who wish to meet in order to discuss the sale of sexual services are not only excluded from any public place or place open to public view, they may not get together in “any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied, and any motor vehicle located in a public place or in any place open to public view”.

While it would be my view that one of the purposes of s. 195.1(1)(c) is to restrict the circumstances in which prostitute and potential customer may meet or associate with a view to negotiating a sale of sexual services, even if that is not its purpose it clearly in my view is its effect. As a result, s. 195.1(1)(c) infringes the right to freedom of association and must be justified, if it is to survive the *Charter* challenge, as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter*

In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, I emphasized that in assessing whether legislation constitutes a reasonable limit that is justifiable under s. 1 of the *Charter* one must always have regard to the right that has been violated. It is therefore important that the government justify the infringement of s. 2(d) of the *Charter* as well as its infringement of s. 2(b).

In this case, however, the appellant and each of the Attorneys General made the same submissions in support of s. 195.1(1)(c) as a reasonable limit on s. 2(d) as they made in its support as a reasonable limit on s. 2(b).

I agree that the nuisance caused by street solicitation, at least in the major centres of population in Canada, is a pressing and substantial concern that satisfies the first branch of the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Also I agree that s. 195.1(1)(c) is rationally connected to the

tué peut communiquer avec un client éventuel aux situations où ils ne sont pas dans un endroit public ou situé à la vue du public, la disposition contestée a pour effet d'imposer des restrictions sérieuses à leur liberté de s'associer. Comme le dit clairement le par. 195.1(2), les personnes qui désirent se rencontrer pour discuter de la vente de services sexuels sont non seulement exclues de tout endroit public ou situé à la vue du public, mais elles ne peuvent se trouver ensemble dans aucun «lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite» ni dans aucun «véhicule à moteur situé dans un endroit soit public soit situé à la vue du public».

J'estime qu'un des objectifs de l'al. 195.1(1)(c) est de restreindre les circonstances dans lesquelles prostitué et client éventuel peuvent se rencontrer ou s'associer en vue de négocier la vente de services sexuels; mais, même si ce n'est pas là son objectif, je suis d'avis que c'est clairement son effet. En conséquence, l'al. 195.1(1)(c) viole le droit à la liberté d'association et doit être justifié, s'il doit résister à une contestation fondée sur la *Charte*, en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte*

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, j'ai souligné que, pour déterminer si une disposition constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*, il faut toujours tenir compte du droit qui a été violé. Il est donc important que le gouvernement justifie la violation de l'al. 2(d) de la *Charte* de même que sa violation de l'al. 2(b).

En l'espèce cependant, l'appelante et chacun des procureurs généraux ont présenté les mêmes arguments pour soutenir que l'al. 195.1(1)(c) est une limite raisonnable imposée tant à l'al. 2(d) qu'à l'al. 2(b).

Je reconnais que la nuisance causée par la sollicitation de rue, du moins dans les grands centres urbains du Canada, est une préoccupation urgente et réelle qui respecte le premier volet du critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Je reconnais également que l'al. 195.1(1)(c) a un lien

prevention of the nuisance. As I observed in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, “[t]he logical way to prevent the public display of the sale of sex and any harmful consequences that flow from it is through the twofold step of prohibiting the prostitute from soliciting prospective customers in places open to public view and prohibiting the customer from propositioning the prostitute likewise in places open to public view” (p. 1212).

This brings us to the test of proportionality. The question here is whether it is reasonable and justifiable to limit freedom of association in the manner that s. 195.1(1)(c) has done in order to deal with the nuisance caused by street solicitation. In my view, it is not. Section 195.1(1)(c) prevents a prostitute and potential customer from associating in a wide range of circumstances in which no nuisance will result from their meeting together. Because of the remarkably expansive meaning given to “public place” in s. 195.1(2) of the *Code*, the proscribed meeting will constitute a criminal offence even although it takes place in a secluded area where there is no one present to see it let alone be offended by it. In my view, it is not reasonable to prohibit associational activity that harms no one on the basis that in some circumstances and in some areas a high concentration of that activity may give rise to a public or social nuisance. If such activity is to be prohibited, there must be a much closer nexus between the associational activity that is prohibited and the nuisance to which it is alleged to give rise. The section is simply too broad. The Crown, in my view, should have to show as a minimum that the associational activity in a given case is likely to give rise to the undesired consequences. As it stands, s. 195.1(1)(c) fails to meet the proportionality test set out in *Oakes*.

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

Question 1. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe

rationnel avec la prévention de la nuisance. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, j'ai souligné que: «[l]ogiquement, pour prévenir l'étalage en public de la vente de services sexuels et les conséquences néfastes qui en découlent, il faut prendre deux mesures: interdire aux prostitués de solliciter des clients éventuels dans des endroits situés à la vue du public et interdire de la même façon aux clients de faire des propositions aux prostitués dans des endroits situés à la vue du public» (p. 1212).

Cela nous amène au critère de la proportionnalité. La question en l'espèce est de savoir s'il est raisonnable et justifiable de limiter la liberté d'association comme le fait l'al. 195.1(1)(c) pour régler la nuisance résultant de la sollicitation de rue. À mon avis, la réponse est négative. L'alinéa 195.1(1)(c) interdit à un prostitué et à un client éventuel de s'associer dans une grande variété de circonstances où leur rencontre ne produirait aucune nuisance. À cause du sens très étendu que le par. 195.1(2) du *Code* donne à l'expression «endroit public», la rencontre interdite constituera une infraction criminelle même si elle a lieu dans un endroit retiré où personne ne peut en être témoin et encore moins en être offensé. À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interdire une activité associative qui ne fait de tort à personne pour le motif que dans certaines circonstances et dans certains endroits une forte concentration de cette activité peut créer une nuisance publique ou sociale. Si cette activité doit être interdite, il doit y avoir un lien beaucoup plus étroit entre l'activité associative interdite et la nuisance qui en résulte. L'alinéa est tout simplement trop large. À mon avis, le ministère public devrait être tenu de démontrer au moins que, dans un cas donné, l'activité associative est susceptible de donner naissance aux conséquences que l'on souhaite éviter. Dans sa forme actuelle, l'al. 195.1(1)(c) ne respecte pas le critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*.

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

Question 1. L'alinéa 195.1(1)(c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications,

the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer Yes.

Question 2. Does s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, infringe the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer Yes.

Question 3. If s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code* infringes rights guaranteed by s. 2(b) or s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 195.1(1)(c) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer No.

Appeal allowed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

viole-t-il la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse Oui.

^a Question 2. L'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications, viole-t-il la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^b Réponse Oui.

^c Question 3. Si l'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* viole les droits garantis par les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 195.1(1)c) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^d Réponse Non.

^e *Pourvoi accueilli, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*

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

Procureurs de l'intimé: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

^h *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

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

Procureur de l'intervenante l'Organisation canadienne pour les droits des prostituées: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Gerald Jay Ladouceur *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick and the Attorney General of Manitoba *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. LADOUCEUR

File No.: 20408.

1989: November 6; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Random routine traffic checks — Checks authorized by statute — Driver stopped for no apparent reason — Driver found to be driving while licence under suspension and convicted — Whether or not random routine traffic checks violating ss. 7, 8 and 9 of the Charter — If so, whether or not checks saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9 — Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 189a(1).

Appellant was stopped while driving his car in a random police search to ensure that his papers were in order and that he had a valid driver's licence. The officers did not suspect that the appellant was acting unlawfully. Appellant admitted that he knew that his driver's licence was suspended when he was asked for his driver's licence, ownership and vehicle insurance documents. A Justice of the Peace found him guilty of driving while his licence was suspended contrary to s. 35 of the *Highway Traffic Act* and the Provincial Court (Criminal Division) and the Ontario Court of Appeal upheld the conviction. The constitutional questions stated before this Court queried: (1) if s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* was inconsistent with ss. 7, 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it authorized the random stop of a motor vehicle and its driver by a police officer acting without any reasonable grounds to believe that an offence had been committed when such stop was not part of an

Gerald Jay Ladouceur *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général du Manitoba *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. LADOUCEUR

N° du greffe: 20408.

c

1989: 6 novembre; 1990: 31 mai.

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

d

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes — Vérifications autorisées par la loi — Conducteur interpellé sans motif apparent — Conducteur déclaré coupable d'avoir conduit pendant que son permis était suspendu — Les vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes violent-elles les art. 7, 8 et 9 de la Charte? — Dans l'affirmative, ces vérifications sont-elles sauvegardées par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9 — Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 189a(1).

L'appellant a été interpellé alors qu'il conduisait sa voiture à l'occasion d'une interpellation au hasard effectuée par des policiers afin de vérifier si ses documents étaient en règle et s'il possédait un permis de conduire valide. Les agents ne soupçonnaient pas que l'appellant agissait de façon illégale. L'appellant a admis qu'il savait que son permis de conduire était suspendu quand on lui a demandé de produire ce permis ainsi que le certificat d'immatriculation du véhicule et une preuve d'assurance. Un juge de paix l'a déclaré coupable d'avoir conduit pendant que son permis était suspendu, contrairement à l'art. 35 du *Code de la route*, et la Cour provinciale (Division criminelle) de même que la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé cette déclaration de culpabilité. Les questions constitutionnelles formulées par notre Cour sont ainsi conçues: (1) Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route* est-il incompatible avec les art. 7, 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise l'interception au

organized program; and (2) if so, whether s. 189a(1) could be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Appellant was detained in violation of s. 9 of the *Charter*. The police officers assumed control over his movement by a demand or direction and the legal consequences of the detention were significant. The detention was arbitrary in that the decision as to whether the stop should be made lay in the absolute discretion of the police officers.

Sections 7 and 8 of the *Charter* were not violated. No "seizure" within the meaning of s. 8 occurred here. It was unnecessary to decide whether these random stops infringed s. 7 since it has been determined that routine check random stops violate s. 9 of the *Charter*.

Section 189a(1) of the *Highway Traffic Act* was saved by s. 1 of the *Charter*. The power of a police officer to stop motor vehicles at random is derived from s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* and is thus prescribed by law. The authority also has been justified by this Court as a prescription of the common law.

The statistics relating to the carnage on the highways substantiate a pressing and substantial concern which the government was properly addressing through the legislation in question and the random stops. A more specific aspect of this concern related to areas where the probability of accidents can be reduced: the mechanical fitness of the vehicle, the possession of a valid licence and proper insurance, and the sobriety of the driver. They are directly pertinent to the question of random stopping.

The means chosen was proportional or appropriate to those pressing concerns. The random stop is rationally connected and carefully designed to achieve safety on the highways and impairs as little as possible the rights of the driver. It does not so severely trench on individual rights that the legislative objective is outweighed by the abridgement of the individual's rights. Indeed, stopping vehicles is the only way of checking a driver's licence and insurance, the mechanical fitness of a vehicle, and the sobriety of the driver.

hasard d'un véhicule à moteur et de son conducteur par un agent de police qui n'a aucun motif raisonnable de croire qu'une infraction a été commise, lorsque cette interception ne fait pas partie d'un programme structuré? Et (2) dans l'affirmative, le par. 189a(1) est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'appelant a été détenu au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Les agents de police ont restreint sa liberté d'action au moyen d'une sommation ou d'un ordre et les conséquences juridiques de la détention étaient sérieuses. La détention était arbitraire du fait que la décision d'interpeller était laissée à l'entière discrétion des agents de police.

Les articles 7 et 8 de la *Charte* n'ont pas été violés en l'espèce. Il n'y a pas eu de «saisie» au sens de l'art. 8. Il n'est pas nécessaire de décider si ces interpellations au hasard portent atteinte à l'art. 7 puisqu'il a été déterminé que les interpellations au hasard pour une vérification de routine violent l'art. 9 de la *Charte*.

Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route* est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Le pouvoir d'un agent de police d'intercepter des véhicules automobiles au hasard découle du par. 189a(1) du *Code de la route* et il est donc prescrit par une règle de droit. Ce pouvoir a également été justifié par notre Cour comme étant prescrit par la common law.

Les statistiques relatives au carnage qui se produit sur les routes révèlent l'existence d'une préoccupation urgente et réelle à laquelle le gouvernement a eu raison de répondre au moyen de la mesure législative en cause et des interpellations au hasard. Un aspect plus précis de cette préoccupation se rapporte à des facteurs qui peuvent permettre de réduire la probabilité d'accidents: le bon état mécanique du véhicule, la possession d'un permis de conduire valide et d'une preuve d'assurance appropriée ainsi que la sobriété du conducteur. Ces facteurs sont directement applicables à la question des interpellations au hasard.

Le moyen choisi est proportionnel à ces préoccupations urgentes ou il convient à celles-ci. L'interpellation au hasard a un lien rationnel avec la sécurité sur les routes et est conçue avec soin pour la réaliser; elle porte le moins possible atteinte aux droits du conducteur. Elle ne porte pas atteinte assez gravement aux droits individuels pour que la restriction de ces droits l'emporte sur l'objectif de la loi. L'interception des véhicules est à vrai dire la seule façon de vérifier le permis de conduire et l'assurance d'un conducteur, l'état mécanique du véhicule ou la sobriété d'un conducteur.

Deterrence is a critical aspect of the random routine check. The suspension of the driver's licence for driving offences is important in that the court can impose lighter jail terms for the benefit of the offender and yet ensure that society is protected. Licence suspensions, however, must be enforceable to be an effective means of punishment. A real element of risk of detection of driving by unlicensed drivers is necessary for the suspension of a licence to be an effective remedy. Random stops supply the only effective deterrent.

To recognize the validity of the random routine check is to recognize reality. This form of deterrent is a plausible response to the general difficulties of establishing such programs due to fiscal constraints and shortages of personnel and due to the impossibility of establishing an effective organized program in rural areas in particular.

The random routine check does not so severely trench upon the s. 9 right so as to outweigh the legislative objective. Mechanisms are already in place to prevent abuse by law enforcement officers. Officers can stop persons only for legal reasons—in this case reasons related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, the sobriety of the driver and the mechanical fitness of the vehicle. Once stopped the only questions that may justifiably be asked are those related to driving offences. Any further, more intrusive procedures could only be undertaken based upon reasonable and probable grounds. Where a stop is found to be unlawful, the evidence from the stop could well be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Similar powers have been legislatively conferred upon police officers in other free and democratic societies regarding the stopping of motor vehicles.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and Sopinka JJ.: The unlimited right of police officers to stop motor vehicles without any reason cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The evidence here, however, should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

The random stop constituted an arbitrary detention. The Crown's efforts to discharge its s. 1 onus must be

La dissuasion constitue un aspect important de la vérification de routine. La suspension du permis de conduire pour des infractions en matière de circulation est importante parce qu'elle permet aux tribunaux d'imposer des peines d'emprisonnement moins longues à l'avantage du contrevenant, tout en permettant d'assurer la protection de la société. Cependant, pour que les suspensions de permis constituent une peine efficace, elles doivent être exécutoires. Il doit exister un véritable élément de risque de détection des conducteurs sans permis pour que la suspension d'un permis puisse être un remède efficace. Les interpellations au hasard constituent le seul moyen dissuasif efficace.

Reconnaître la validité de la vérification de routine au hasard, c'est se rendre à la réalité. Cette forme de dissuasion est la seule réponse plausible aux difficultés générales de mettre sur pied de tels programmes en raison des contraintes budgétaires et d'un manque de personnel et à l'impossibilité d'établir un programme structuré efficace dans les régions rurales en particulier.

La vérification de routine au hasard ne porte pas atteinte gravement au droit garanti par l'art. 9 au point de l'emporter sur l'objectif législatif. Il y a déjà des mécanismes en place pour empêcher les abus de la part des fonctionnaires chargés d'appliquer la loi. Les policiers ne peuvent interpellier des personnes que pour des motifs fondés sur la loi—en l'espèce des motifs relatifs à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances et de la sobriété du conducteur et de l'état mécanique du véhicule. Lorsque l'interpellation est effectuée, les seules questions qui peuvent être justifiées sont celles qui se rapportent aux infractions en matière de circulation. Toute autre procédure plus inquisitoire ne pourrait être engagée que sur le fondement de motifs raisonnables et probables. Lorsqu'une interpellation est jugée illégale, les éléments de preuve ainsi obtenus pourraient bien être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Des pouvoirs similaires touchant l'interception de véhicules automobiles ont été conférés par la loi aux agents de police dans d'autres sociétés libres et démocratiques.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et Sopinka: Le droit absolu des agents de police d'intercepter des véhicules à moteur sans aucun motif ne saurait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cependant, il n'y a pas lieu en l'espèce d'écarter les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

L'interpellation au hasard a constitué une détention arbitraire. Les efforts déployés par le ministère public en

viewed in the context of the s. 9 breaches sanctioned to date in meeting the objective of ridding the highways of dangerous drivers. Police officers are entitled to stop motorists at organized check points as part of the R.I.D.E. program to provide a roadside screening test of sobriety and to check for licences, insurance and mechanical fitness. The organized check point is available, therefore, as a means of detection of the unlicensed driver. This case may be viewed as the last straw. If sanctioned, a police officer could stop any vehicle at any time, in any place, without having any reason to do so. For the motorist, this would mean a total negation of the freedom from arbitrary detention guaranteed by s. 9 of the *Charter*.

The Crown has not demonstrated that this unrestricted power is a necessary addition to the impressive array of enforcement methods which are available. Random checking at a stationary, predetermined location infringes the right much less than the unlimited right contended for. It is somewhat more carefully designed to serve enforcement, and is less intrusive and not as open to abuse as the unlimited power sought to be justified. The roving random stop, by contrast, would permit any individual officer to stop any vehicle, at any time, at any place. The decision may be based on any whim. The unlimited power has the potential of being much more intrusive and occasioning a greater invasion of privacy.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Hufsky v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 621; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979).

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; **referred to:** *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

vue de satisfaire au fardeau de preuve qui lui incombe en vertu de l'article premier doivent être analysés en fonction des violations de l'art. 9 qui, jusqu'à ce jour, ont été reconnues comme justifiées parce qu'elles satisfont à l'objectif de débarrasser les routes des conducteurs dangereux. Les agents de police ont le droit d'interpeller des automobilistes à des points de contrôle établis en vertu du programme R.I.D.E. dans le but de leur faire subir un alcootest permettant de déterminer s'ils sont sobres et de vérifier les permis de conduire, les assurances et l'état mécanique des voitures. Il est donc possible de recourir au programme structuré de contrôles routiers ponctuels pour déceler les conducteurs sans permis. La présente affaire peut être considérée comme la goutte qui fait déborder le vase. Si elle est approuvée, un agent de police pourra intercepter n'importe quel véhicule, n'importe où, n'importe quand, sans avoir de motif de le faire. Pour les automobilistes, il en découlera une négation totale de la liberté de ne pas être soumis à une détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*.

Le ministère public n'a pas démontré que ce pouvoir absolu est un ajout nécessaire aux nombreuses méthodes d'application des lois déjà disponibles. La vérification au hasard, à un endroit fixe et choisi d'avance, entrave la liberté beaucoup moins que le droit illimité qu'on revendique. Cette méthode est plus à même de servir les fins de l'application de la loi, elle est moins envahissante et moins susceptible de donner lieu à des abus que le pouvoir absolu qu'on cherche à justifier. Par contre, l'interception au hasard d'un véhicule au cours d'une patrouille permettrait à un agent de police d'intercepter n'importe quel véhicule, n'importe quand, n'importe où. La décision pourrait reposer sur un caprice. Un pouvoir absolu risque d'être beaucoup plus envahissant et de donner lieu à une atteinte plus grande au droit à la vie privée.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Hufsky c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 621; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979).

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; **arrêts mentionnés:** *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 24(1), (2).
Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83, s. 3(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Game and Fish Act, R.S.O. 1980, c. 182, s. 14.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, ss. 18(1), 19(1), 35, 189a(1).
Motor Car Act, 1958 (Victoria), ss. 22, 29, 40.
Motor Traffic Acts, 1909-1957 (New South Wales), s. 5(1).
Motorized Snow Vehicles Act, R.S.O. 1980, c. 301, s. 15a.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400.
Road Traffic Act, 1961 (South Australia), No. 50, s. 42.
Road Traffic Act, 1972 (U.K.), c. 20 s. 159.
Road Traffic Act, 1974-1982, (Western Australia), s. 53.
Traffic Act, 1949-1988 (Queensland), ss. 35, 39.
Traffic Ordinances, 1949-59 (Northern Territory), ss. 46, 48, 55.
Transport Act, 1962 (New Zealand), No. 135, s. 66.

Authors Cited

Ontario. Royal Commission on Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*. Report No. 1, vol. 2. Toronto: Queen's Printer, 1968.
 Segal, Murray D. "R. v. Hufsky: Random Spot Check Programmes" (1989), 1 *J.M.V.L.* 34.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 59 O.R. (2d) 688, 35 C.C.C. (3d) 240, 41 D.L.R. (4th) 682, 20 O.A.C. 1, 57 C.R. (3d) 45, dismissing an appeal from a judgment of the Provincial Court (Criminal Division) (Bordeleau Prov. Ct. J.) dismissing an appeal from conviction by Scott J.P. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., for the appellant.

S. Casey Hill and *R. H. MacDonald*, for the respondent.

Graham Garton, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Rheinhold Endres, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 24(1), (2).
Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 18(1), 19(1), 35, 189a(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, ch. 83, art. 3(1).
Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1980, ch. 182, art. 14.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, ch. 400.
Loi sur les motoneiges, L.R.O. 1980, ch. 301, art. 15a.
Motor Car Act, 1958 (Victoria), art. 22, 29, 40.
Motor Traffic Acts, 1909-1957 (Nouvelle-Galles du Sud), art. 5(1).
Road Traffic Act, 1961 (Australie-Méridionale), n° 50, art. 42.
Road Traffic Act, 1972 (R.-U.), ch. 20, art. 159.
Road Traffic Act, 1974-1982 (Australie-Occidentale), art. 53.
Traffic Act, 1949-1988 (Queensland), art. 35, 39.
Traffic Ordinances, 1949-59 (Territoire du Nord), art. 46, 48, 55.
Transport Act, 1962 (Nouvelle-Zélande), n° 135, art. 66.

Doctrine citée

Ontario. Royal Commission on Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*. Report No. 1, vol. 2. Toronto: Queen's Printer, 1968.
 Segal, Murray D. «R. v. Hufsky: Random Spot Check Programmes» (1989), 1 *J.M.V.L.* 34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 59 O.R. (2d) 688, 35 C.C.C. (3d) 240, 41 D.L.R. (4th) 682, 20 O.A.C. 1, 57 C.R. (3d) 45, qui a rejeté l'appel interjeté contre une décision du juge Bordeleau de la Cour provinciale (Division criminelle) qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge de paix Scott. Pourvoi rejeté.

Morris Manning, c.r., pour l'appelant.

S. Casey Hill et *R. H. MacDonald*, pour l'intimée.

Graham Garton, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rheinhold Endres, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Donna J. Miller, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J.—The appellant challenges his conviction for driving while his licence was under suspension on the basis that s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, pursuant to which the police officers stopped him and discovered the offence, violates ss. 7, 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While I agree with my colleague Justice Cory that this appeal should be dismissed and that s. 189a(1) authorizes an arbitrary detention contrary to s. 9 of the *Charter*, I do not agree that the unlimited right of police officers to stop motor vehicles without any reason can be justified under s. 1 of the *Charter*. I would dismiss this appeal, however, on the basis that the evidence in this case should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

The charge arose out of the following facts. Two police officers were on a stake-out when the appellant passed their vehicle. They decided to stop the appellant as a matter of routine. However, while citing s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* as authority for their actions, the police officers acknowledged that there was no basis of suspicion and no other reason to stop the appellant. When the appellant was asked to produce his driver's licence, it was revealed that it was under suspension for failure to pay parking tickets.

The Court of Appeal held that s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* did not authorize this type of random check. Speaking for the majority, Tarnopolsky J.A. held that there was an arbitrary detention of the appellant and that to the extent that this was authorized by s. 189a(1), it was not a reasonable limit within s. 1 of the *Charter*. The

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Donna J. Miller, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA—L'appelant conteste sa déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir conduit pendant que son permis était suspendu, pour le motif que le par. 189a(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, en vertu duquel les agents de police l'ont interpellé et ont découvert l'infraction, viole les art. 7, 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que je sois d'accord avec mon collègue le juge Cory qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et que le par. 189a(1) autorise une détention arbitraire contraire à l'art. 9 de la *Charte*, je ne crois pas que le droit absolu des agents de police d'intercepter des véhicules à moteur sans aucun motif puisse se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis cependant d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif qu'en l'espèce il n'y a pas lieu d'écartier les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

L'accusation découle des faits suivants. Deux agents de police étaient de faction quand l'appelant a dépassé leur véhicule. Ils ont décidé d'interpeller l'appelant par simple routine. Cependant, bien qu'ils invoquent le par. 189a(1) du *Code de la route* comme source de leur pouvoir d'agir, les agents reconnaissent qu'il n'y avait pas de motif de soupçonner l'appelant ni aucun autre motif d'intercepter son véhicule. Quand les agents ont demandé à l'appelant de produire son permis de conduire, ils ont découvert que son permis était suspendu parce qu'il n'avait pas payé des contraventions de stationnement.

La Cour d'appel a statué que le par. 189a(1) du *Code de la route* n'autorise pas ce genre de vérification au hasard. Le juge Tarnopolsky a conclu, au nom de la majorité, qu'il s'agissait d'une détention arbitraire de l'appelant et que, dans la mesure où elle était autorisée par le par. 189a(1), elle ne constituait pas une limite raisonnable au sens de

court sustained s. 189a(1), however, by reading it down to apply only when there is an articulable reason for stopping a motor vehicle. The court further held, however, that the evidence should be admitted under s. 24(2) because the police were acting *bona fide* and did not have the benefit of the court's interpretation of s. 189a(1).

I agree with my colleague that in light of this Court's decision in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, there can be no doubt that the random stop in this case constituted an arbitrary detention. In *Hufsky*, the driver was stopped by a police officer on duty at a stationary check point, circumstances that are less arbitrary than those involved when a police officer randomly stops a vehicle from the position of a roving car.

This Court in *Hufsky*, *supra*, held that the detention was justified under s. 1 in light of the statistics that were put before the Court relating to unlicensed driving and accidents. Le Dain J. found that these statistics supported the conclusion that unlicensed drivers caused a significantly higher percentage of accidents than licensed drivers. Therefore, extraordinary enforcement measures were justified to eliminate this hazard. In the present case, the Court of Appeal invited the Crown to submit a new record to justify this additional inroad on the rights to be free from arbitrary detention. The Crown submitted volumes of "statistical data, charts and comparable legislation". The Court of Appeal analyzed this data and the majority judgment concludes, at p. 259, that:

... the material submitted does not show that there is a proportionality between the measure taken, *i.e.*, a power to stop motorists at random in order to check whether they have a valid driver's licence, and the admittedly valid government objective of promoting safety on the highways. The only statistical figures concerning unlicensed drivers and higher accident rates shows a correlation between uninsured vehicles and a higher rate of

l'article premier de la *Charte*. La cour a cependant confirmé la validité du par. 189a(1), en lui donnant une interprétation atténuée selon laquelle le paragraphe ne s'appliquerait que lorsqu'il existe un motif précis d'intercepter un véhicule à moteur. La cour a de plus statué qu'il y avait cependant lieu d'utiliser la preuve en application du par. 24(2) parce que les policiers avaient agi de bonne foi et n'avaient pas l'avantage de connaître l'interprétation que la cour a donnée au par. 189a(1).

Je partage l'avis de mon collègue que, compte tenu de l'arrêt de notre Cour *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, il ne peut y avoir de doute que l'interpellation au hasard en l'espèce constituait une détention arbitraire. Dans l'affaire *Hufsky*, le conducteur avait été interpellé par un agent de police de faction à un point fixe de contrôle, ce qui constitue une situation moins arbitraire que celle où un agent de police intercepte au hasard un véhicule à partir d'une voiture en patrouille.

Dans l'arrêt *Hufsky*, précité, notre Cour a statué que la détention était justifiée en vertu de l'article premier à cause des statistiques qu'on lui avait soumises sur la conduite de véhicules sans permis et le nombre d'accidents. Le juge Le Dain a conclu que ces statistiques étayaient la conclusion que les conducteurs sans permis sont à l'origine d'un pourcentage sensiblement plus élevé d'accidents que les conducteurs titulaires d'un permis. En conséquence, les mesures exceptionnelles d'application des lois étaient justifiées afin d'écarter ce danger. En l'espèce, la Cour d'appel a invité le ministère public à soumettre un nouveau dossier pour justifier cet empiètement supplémentaire sur les droits de ne pas être soumis à une détention arbitraire. Le ministère public a soumis une grande quantité de [TRADUCTION] «données statistiques, de graphiques et de lois comparables». La Cour d'appel a analysé ces données et les juges formant la majorité ont conclu, à la p. 259, que:

[TRADUCTION] ... la documentation soumise ne démontre pas l'existence d'une proportionnalité entre les mesures adoptées, c.-à-d. le pouvoir d'interpeller les automobilistes au hasard afin de vérifier s'ils ont un permis valide et l'objectif certes régulier du gouvernement de favoriser la sécurité sur les routes. Les seules statistiques relatives aux conducteurs qui n'ont pas de permis et au taux plus élevé d'accidents révèlent une

personal injuries, but a reverse correlation as far as property damage is concerned.

The minority does not address the statistics except in a general way.

Tarnopolsky J.A., writing for the majority, listed the three requirements that a limit must meet to satisfy s. 1, namely: (1) it must be reasonable; (2) it must be prescribed by law; and, (3) it must be demonstrably justified in a free and democratic society. He found that the legislation failed on (1) and (3) and that he did not need to deal with (2).

In deciding whether the Crown has satisfied the burden of proof of justifying a breach of s. 9, this case must be considered in the context of breaches of s. 9 that have been sanctioned to date in meeting the admittedly important government objective which seeks to rid the highways of dangerous drivers. In this regard, police officers are entitled to stop motorists at organized check points as part of the R.I.D.E. program to provide a roadside screening test of sobriety, to check for licences, insurance and mechanical fitness. See *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and *Hufsky, supra*. The organized check point is available, therefore, as a means of detection of the unlicensed driver. This case may be viewed as the last straw. If sanctioned, we will be agreeing that a police officer can stop any vehicle at any time, in any place, without having any reason to do so. For the motorist, this means a total negation of the freedom from arbitrary detention guaranteed by s. 9 of the *Charter*. This is something that would not be tolerated with respect to pedestrians in their use of the public streets and walkways. It is in this light that the efforts of the Crown to discharge its s. 1 onus must be viewed.

corrélation entre le nombre de véhicules non assurés et le taux plus élevé de lésions corporelles, mais une corrélation inverse en matière de dommages matériels.

Les motifs de la minorité ne traitent pas des statistiques, sauf d'une manière générale.

Le juge Tarnopolsky, qui a rédigé les motifs de la majorité, énumère les trois conditions qu'une limite doit remplir pour satisfaire à l'article premier, elle doit (1) être raisonnable, (2) être prescrite par une règle de droit, et, (3) sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il a conclu que la disposition législative ne répondait pas aux première et troisième conditions et qu'il ne lui était pas nécessaire d'aborder la deuxième condition.

Pour déterminer si le ministère public a satisfait au fardeau de prouver qu'une violation de l'art. 9 est justifiée, la présente affaire doit être analysée en fonction des violations de l'art. 9 qui, jusqu'à ce jour, ont été reconnues comme justifiées parce qu'elles satisfont à l'objectif certes important du gouvernement de débarrasser les routes des conducteurs dangereux. À cet égard, les agents de police ont le droit d'interpeller des automobilistes à des points de contrôle établis en vertu du programme R.I.D.E. dans le but de leur faire subir un alcootest permettant de déterminer s'ils sont sobres et de vérifier les permis de conduire, les assurances et l'état mécanique des voitures. Voir les arrêts *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et *Hufsky*, précité. Il est donc possible de recourir au programme structuré de contrôles routiers ponctuels pour déceler les conducteurs sans permis. La présente affaire peut être considérée comme la goutte qui fait déborder le vase. Si nous l'approuvons, nous reconnaissons qu'un agent de police peut intercepter n'importe quel véhicule, n'importe où, n'importe quand, sans avoir de motif de le faire. Pour les automobilistes, il en découle une négation totale de la liberté de ne pas être soumis à une détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*. C'est là une situation qu'on ne tolérerait pas pour les piétons qui circulent dans la rue et sur les trottoirs. C'est sous cet angle qu'il faut considérer les efforts déployés par le ministère public pour s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier.

Although the statistics are voluminous, there is no evidence as to whether during the relevant period police officers were actually exercising the "roving random stop" power. For example, was the percentage of accidents involving unlicensed drivers realized notwithstanding the fact that police officers were employing this method of enforcement? If it was, presumably it is only since s. 189a(1) was enacted in 1981. What were the percentages before this method was used? How many motorists who were perfectly law-abiding were stopped for every one that was committing some violation? On the other hand, if the police have not been using this method and this case is an isolated incident, what is the evidence that police officers consider that this power is essential to effective enforcement? The record is surprisingly devoid of any reference to police practice in this regard. As pointed out by Tarnopolsky J.A., in the United States where the problem is equally pressing even a principled program of roadside checks is considered over-inclusive. In *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), White J., at pp. 659-60, stated:

The foremost method of enforcing traffic and vehicle safety regulations, it must be recalled, is acting upon observed violations. Vehicle stops for traffic violations occur countless times each day; and on these occasions, licenses and registration papers are subject to inspection and drivers without them will be ascertained. Furthermore, drivers without licenses are presumably the less safe drivers whose propensities may well exhibit themselves. Absent some empirical data to the contrary, it must be assumed that finding an unlicensed driver among those who commit traffic violations is a much more likely event than finding an unlicensed driver by choosing randomly from the entire universe of drivers. If this were not so, licensing of drivers would hardly be an effective means of promoting roadway safety. It seems common sense that the percentage of all drivers on the road who are driving without a license is very small and that the number of licensed drivers who will be stopped in order to find one unlicensed operator will be large indeed. The contribution to highway safety made by discretionary stops selected from among drivers generally will therefore be marginal at best In terms of actually discovering unlicensed drivers or deterring them

Bien qu'il existe beaucoup de statistiques, il n'y a pas de preuve que pendant la période visée les agents de police exerçaient effectivement le pouvoir d'effectuer des interpellations au hasard au cours de patrouilles. Par exemple, le pourcentage d'accidents impliquant des conducteurs sans permis a-t-il été atteint en dépit du fait que les agents utilisaient cette méthode d'application de la loi? Si c'est le cas, ce n'est vraisemblablement que depuis qu'on a édicté le par. 189a(1) en 1981. Quels étaient les pourcentages avant l'utilisation de cette méthode? Combien d'automobilistes parfaitement respectueux des lois ont été interpellés pour chacun de ceux qui contrevenaient à la loi d'un façon quelconque? Par contre, si les policiers n'ont pas utilisé cette méthode et si le présent cas représente un incident isolé, qu'est-ce qui prouve que les agents de police considèrent ce pouvoir comme essentiel à l'application efficace des lois? Chose étonnante, le dossier ne comporte aucune mention des méthodes policières à cet égard. Comme le signale le juge Tarnopolsky, aux États-Unis où le problème est également aigu, même un programme structuré de contrôles routiers a été jugé abusif. Dans l'arrêt *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), le juge White dit, aux pp. 659 et 660:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la principale méthode d'application des lois de la circulation et de la sécurité automobile consiste à agir dès qu'on observe une infraction. On procède tous les jours à d'innombrables interceptions de véhicules pour des infractions à la circulation; à cette occasion, on vérifie les permis de conduire et les certificats d'immatriculation, et les conducteurs qui n'en possèdent pas sont alors repérés. De plus, les conducteurs qui n'ont pas de permis de conduire sont vraisemblablement les plus dangereux, ce qui pourrait bien se manifester. À défaut de données empiriques démontrant le contraire, il faut présumer qu'il est plus probable qu'un conducteur sans permis sera découvert chez ceux qui enfreignent les lois de la circulation qu'en choisissant des conducteurs au hasard parmi toute la population des conducteurs. S'il en était autrement, la délivrance de permis de conduire serait une méthode peu efficace de promouvoir la sécurité routière. Il semble conforme au bon sens que le pourcentage des conducteurs qui n'ont pas de permis de conduire par rapport à l'ensemble des conducteurs est très faible et que le nombre de conducteurs titulaires d'un permis qui seront interpellés pour découvrir un seul conducteur sans

from driving, the spot check does not appear sufficiently productive to qualify as a reasonable law enforcement practice under the Fourth Amendment.

Here we have the organized spot check to add to the balance on the side of enforcement. In my view, it is crucial therefore for the Crown to persuade the court that this unrestricted power is a necessary addition to the impressive array of enforcement methods which are available. In my opinion, *Hufsky, supra*, is not authority for this extension of police power. That case is consistent with the view that in justifying random organized check points, the outer limits of s. 1 had been reached. Random checking at a stationary, predetermined location infringes the right much less than the unlimited right contended for. The decision to locate the check point will be made either by a superior officer or by the decision of several officers. While the decision as to which automobile will be stopped will be made by an individual officer, his conduct can be observed by other officers. Since he has limited time to observe a vehicle, his decision will be either truly random or based on some objective basis. The result is that this method of enforcement is somewhat more carefully designed to serve enforcement, less intrusive, and not as open to abuse as the unlimited power sought to be justified. The judgment in *Hufsky, supra*, makes it clear, however, that the limit prescribed by law which is justified in that case is the organized spot check. The reasons conclude as follows, at p. 637:

For the above reasons I am of the opinion that the random stop of the appellant for the purposes of the spot check procedure was a justified interference with the right not to be arbitrarily detained guaranteed by s. 9 of the *Charter*, and I would accordingly answer the third constitutional question in the affirmative.

permis sera certes considérable. L'amélioration de la sécurité routière qui découle de l'interpellation discrétionnaire de conducteurs choisis au hasard parmi toute la population des conducteurs est donc mince, dans la meilleure des hypothèses [...] Pour ce qui est de déceler les conducteurs sans permis ou de les dissuader de conduire, le contrôle routier ponctuel ne paraît pas donner de résultats suffisants pour constituer une méthode raisonnable d'application des lois en vertu du Quatrième amendement.

Ici, le programme structuré de contrôles routiers ponctuels vient s'ajouter aux méthodes dont disposent les forces policières pour assurer le respect de la loi. À mon avis, il est donc crucial que le ministère public persuade la Cour que ce pouvoir absolu est un ajout nécessaire aux nombreuses méthodes d'application des lois déjà disponibles. À mon avis, l'arrêt *Hufsky*, précité, ne permet pas cette extension des pouvoirs de la police. Cet arrêt est compatible avec l'avis qu'en justifiant les programmes structurés de contrôles routiers ponctuels, on a atteint les limites extrêmes de l'article premier. La vérification au hasard, à un endroit fixe et choisi d'avance, entrave la liberté beaucoup moins que le droit illimité qu'on revendique. Le choix du site du point de contrôle est fait par un officier supérieur ou par plusieurs agents. Quoique la décision de choisir l'automobile qui sera interceptée soit prise par un agent en particulier, d'autres agents peuvent observer sa conduite. Puisque l'agent dispose de peu de temps pour observer le véhicule, sa décision relève véritablement du hasard ou elle dépend de facteurs objectifs. Il en résulte que cette méthode est plus à même de servir les fins de l'application de la loi, elle est moins envahissante et moins susceptible de donner lieu à des abus que le pouvoir absolu qu'on cherche à justifier. L'arrêt *Hufsky*, précité, dit clairement que la limite prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans cette affaire est le programme structuré de contrôles routiers ponctuels. Les motifs de jugement concluent, à la p. 637:

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'arrêt au hasard du véhicule de l'appellant, afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, constituait une atteinte justifiée au droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*, aussi suis-je d'avis de répondre par l'affirmative à la troisième question constitutionnelle.

By contrast, the roving random stop would permit any individual officer to stop any vehicle, at any time, at any place. The decision may be based on any whim. Individual officers will have different reasons. Some may tend to stop younger drivers, others older cars, and so on. Indeed, as pointed out by Tarnopolsky J.A., racial considerations may be a factor too. My colleague states that in such circumstances, a *Charter* violation may be made out. If, however, no reason need be given nor is necessary, how will we ever know? The officer need only say, "I stopped the vehicle because I have the right to stop it for no reason. I am seeking unlicensed drivers." If there are bound to be instances where admittedly *Charter* violations which cannot be justified will occur, can we overlook these and approve a practice even if in its general application *Charter* breaches can be justified? Moreover, the unlimited power has the potential of being much more intrusive and occasioning a greater invasion of privacy. Any perfectly law-abiding citizen travelling late at night on a lonely country road must be prepared to have a police car approach, perhaps, from the rear, siren blaring, lights flashing, and must then and there come to a stop to prove his or her legitimacy on the roadway. How many innocent people will be stopped to catch one unlicensed driver? We have no information on this, but the statistics show that, in 1984, 1 in 37 drivers in Ontario was serving a licence suspension. The ratio, therefore, of licensed drivers to those driving while their licences were under suspension will be 37 to some fraction of 1. The probability is that in excess of 37 innocent motorists will be stopped for each offender.

I am therefore in complete agreement with Tarnopolsky J.A. that the Crown has failed to satisfy requirements (1) and (3) of s. 1, referred to above, in accordance with *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R.

Par contre, l'interception au hasard d'un véhicule au cours d'une patrouille permettrait à un agent de police d'intercepter n'importe quel véhicule, n'importe quand, n'importe où. La décision pourrait reposer sur un caprice. Chacun des agents de police aura des motifs différents. Certains auront tendance à arrêter les conducteurs plus jeunes, d'autres les voitures plus vieilles, et ainsi de suite. Comme le souligne le juge Tarnopolsky, des considérations raciales peuvent aussi entrer en ligne de compte. Mon collègue dit que, dans ces circonstances, il serait possible de prouver l'existence d'une violation de la *Charte*. Cependant, s'il n'est pas nécessaire de fournir quelque motif que ce soit, ni même d'en avoir, comment pourra-t-on savoir? L'agent n'a qu'à dire: «J'ai intercepté votre véhicule parce que j'ai le droit de le faire sans aucun motif. Je suis à la recherche de conducteurs sans permis.» S'il est certain qu'il y aura des cas où, de l'aveu de tous, il se produira des violations de la *Charte* qui ne sont pas justifiables, pouvons-nous les ignorer et approuver une pratique, même si dans l'application générale de cette pratique les violations de la *Charte* sont justifiables? De plus, un pouvoir absolu risque d'être beaucoup plus envahissant et de donner lieu à une atteinte plus grande au droit à la vie privée. Tout citoyen parfaitement respectueux des lois qui circule tard la nuit sur une route de campagne déserte doit s'attendre à être rejoint, parfois par derrière, par une voiture de police, sirène hurlante et feux clignotants, et il doit s'arrêter immédiatement pour justifier son droit d'être sur la route. Combien de conducteurs innocents faudra-t-il interpeller pour attraper un conducteur sans permis? Nous n'avons pas de données là-dessus, mais les statistiques indiquent qu'en 1984, en Ontario, un conducteur sur 37 était sous le coup d'une suspension de permis. La proportion de conducteurs titulaires d'un permis par rapport aux conducteurs qui conduisent alors que leur permis est suspendu sera de 37 contre une fraction de 1. Il est donc probable qu'il faudra interpeller plus de 37 automobilistes innocents pour attraper un seul contrevenant.

Je suis tout à fait de l'avis du juge Tarnopolsky que le ministère public n'a pas satisfait aux première et troisième conditions de l'article premier déjà mentionnées et dont parle l'arrêt *R. c. Oakes*,

103. I find particularly apt the following statement by Dickson C.J., at p. 139:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations.

In view of the above, it is not necessary to deal with the third requirement, that is, whether s. 189a(1) is a limit prescribed by law.

I agree, therefore, with Tarnopolsky J.A., at pp. 263-64, that s. 189a(1) must be interpreted as being limited

to an organized programme of stopping, like the R.I.D.E. programme, or road-blocks where all vehicles are required to halt, or to stopping for some articulable cause.

I also agree that the evidence that the appellant was driving while under suspension should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* for the reasons given by Tarnopolsky J.A. and would therefore dismiss the appeal.

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

CORY J.—This case raises the issue of whether the so-called “routine check” random stops of motorists by police violate ss. 7, 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they can be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

Factual Background

On April 27, 1982, at 7:20 p.m., only ten days after the proclamation of the *Charter*, the appellant, Gerald Ladouceur, was stopped by two policemen while he was driving his car on St. Laurent Blvd. in Ottawa. The two officers, Constable Brian Bell and Constable Michael Hudson, had been in the area maintaining surveillance on a house. Just as they were leaving, they saw the appellant driving his car. The officers followed the

[1986] 1 R.C.S. 103. Je considère particulièrement juste l'énoncé suivant du juge en chef Dickson, à la p. 139:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième condition, c.-à-d., déterminer si le par. 189a(1) est une limite prescrite par une règle de droit.

Je souscris donc à l'avis du juge Tarnopolsky, aux pp. 263 et 264, selon lequel il faut interpréter le par. 189a(1) comme ne visant

[TRADUCTION] qu'un programme structuré d'interpellations comme le programme R.I.D.E., des contrôles routiers où tous les véhicules doivent stopper ou une interpellation pour un motif précis.

Je suis également d'avis, pour les motifs donnés par le juge Tarnopolsky, qu'il n'y a pas lieu d'exclure, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve que l'appelant a conduit alors que son permis était suspendu et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si ce qu'on appelle les interpellations au hasard des automobilistes par la police pour effectuer des «vérifications de routine» portent atteinte aux art. 7, 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elles peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les faits

Le 27 avril 1982, à 19 h 20, seulement dix jours après l'adoption de la *Charte*, l'appelant Gerald Ladouceur a été interpellé par deux policiers alors qu'il conduisait sa voiture sur le boulevard Saint-Laurent à Ottawa. Les deux policiers, l'agent Brian Bell et l'agent Michael Hudson, assuraient la surveillance d'une maison du secteur. Au moment où ils allaient partir, ils ont aperçu l'appelant au volant de sa voiture. Les agents ont suivi

appellant's car along Donald St. and then pulled him over at the corner of St. Laurent Blvd. and Queen Mary St., across from a convenience store.

The officers did not suspect that the appellant was acting unlawfully or that he was in any way connected with the house under surveillance. Constable Bell testified that the sole purpose of the stop was to ensure that the appellant's papers were in order and that he had a valid driver's licence. He said they had stopped several other vehicles in the area on the same night. When asked in cross-examination whether the stops were "at random", he replied, "Pretty well, yes."

While Constable Hudson waited in the police car, Constable Bell asked the appellant for his driver's licence, ownership and vehicle insurance documents. He then asked the appellant to accompany him to the police car, and the appellant agreed. Once in the car, the appellant admitted to the police officers that he knew his driver's licence was suspended. He was issued a summons under the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, charging him with driving while his licence was suspended contrary to s. 35 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198.

Constable Bell testified that the vehicle stop lasted about fourteen minutes (from 7:21 p.m. to 7:35 p.m.). Constable Hudson stated that the appellant was in the police car for about four to five minutes. The appellant was never placed under arrest, no threat of arrest was made, and the appellant appeared to understand that he was not under arrest. Constable Bell testified that if the appellant had attempted to leave he would have arrested him, while Constable Hudson said that if the appellant had tried to leave he would have let him do so without arresting him. There was no suggestion of any improper or coercive conduct on the part of the police.

l'automobile de l'appellant sur la rue Donald et lui ont fait signe de s'arrêter au coin du boulevard Saint-Laurent et de la rue Queen Mary en face d'un dépanneur.

a

Les agents ne soupçonnaient pas que l'appellant agissait de façon illégale ou qu'il avait quelque chose à voir avec la maison sous surveillance. L'agent Bell a déposé que l'unique motif de l'interpellation était de vérifier si ses documents étaient en règle et s'il possédait un permis de conduire valide. Il a dit que ce soir-là ils avaient intercepté plusieurs autres véhicules dans le secteur. En contre-interrogatoire, quand on lui a demandé si les interpellations avaient été effectuées «au hasard», il a répondu: [TRADUCTION] «C'est à peu près ça, oui.»

d

Pendant que l'agent Hudson attendait dans la voiture de police, l'agent Bell a demandé à l'appellant de lui remettre son permis de conduire, le certificat d'immatriculation du véhicule et une preuve d'assurance. Il a alors demandé à l'appellant de l'accompagner à la voiture de police et celui-ci a obtempéré à cette demande. Dans la voiture, l'appellant a admis aux policiers qu'il savait que son permis de conduire était suspendu. Il a reçu une sommation aux termes de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, ch. 400, l'accusant de conduite pendant la suspension de son permis, contrairement à l'art. 35 du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198.

L'agent Bell a déposé que l'interception du véhicule a duré environ quatorze minutes (de 19 h 21 à 19 h 35). L'agent Hudson a dit que l'appellant a passé environ quatre à cinq minutes dans la voiture de police. L'appellant n'a jamais été mis en état d'arrestation, aucune menace d'arrestation n'a été faite et l'appellant paraissait comprendre qu'il n'était pas en état d'arrestation. L'agent Bell a témoigné que si l'appellant avait tenté de s'en aller, il l'aurait arrêté alors que l'agent Hudson a dit que si l'appellant avait tenté de quitter les lieux, il l'aurait laissé faire. Rien ne laisse croire qu'il y a eu une conduite incorrecte ou coercitive de la part de la police.

The Courts Below

Provincial Court

The appellant was tried on November 15, 1982 before Justice of the Peace Scott. He was convicted of driving while his licence was suspended, contrary to s. 35 of the *Highway Traffic Act* and fined \$2,000. Scott J.P. held that, on the basis of s. 19 of the *Highway Traffic Act*, police officers have the authority to randomly stop automobiles without any suspicion of unlawful activity in order to require the driver to produce his driver's licence and identification. He concluded that the appellant had not been detained and that his statement to the police officers was properly obtained. It was revealed at the sentencing proceedings that the appellant had been convicted in November 1981, January 1982, and April 1982 of driving while his licence was under suspension.

Provincial Court (Criminal Division)

In his appeal to Bordeleau Prov. Ct. J., the appellant argued that s. 189a of the *Highway Traffic Act* was unconstitutional because it violated ss. 7, 8 and 9 of the *Charter*. In a brief judgment released June 13, 1983, Bordeleau Prov. Ct. J. held that it was unnecessary to determine whether either ss. 7, 8 or 9 had been violated because s. 1 of the *Charter* would apply in any event.

Court of Appeal

This appeal was first heard in June 1985 by the Ontario Court of Appeal but adjourned until June 1986 so that the respondent could present fresh evidence to support its s. 1 arguments. The Court rendered its judgment dismissing the appeal on April 8, 1987 (now reported at 35 C.C.C. (3d) 240).

Tarnopolsky J.A., for the majority, held that the power of a police officer to stop motorists at random constitutes arbitrary detention and therefore violates s. 9 of the *Charter*. He determined, moreover, that s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* did not meet the proportionality requirements enunciated by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and therefore could not be justified

Les tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale

L'appelant a subi son procès le 15 novembre 1982 devant le juge de paix Scott. Déclaré coupable de conduite pendant que son permis était suspendu, contrairement à l'art. 35 du *Code de la route*, il a été condamné à payer une amende de 2 000 \$. Le juge Scott a conclu que, compte tenu de l'art. 19 du *Code de la route*, les agents de police ont le pouvoir d'intercepter au hasard des automobiles sans soupçonner l'existence d'actes illégaux pour demander au conducteur de présenter son permis de conduire et des pièces d'identité. Il a conclu que l'appelant n'avait pas été détenu et que la déclaration qu'il avait faite aux agents de police avait été obtenue régulièrement. Il est ressorti, au cours des procédures de détermination de la peine, que l'appelant avait été déclaré coupable en novembre 1981, en janvier 1982 et en avril 1982 de conduite pendant que son permis était suspendu.

Cour provinciale (Division criminelle)

Dans son appel devant le juge Bordeleau de la Cour provinciale, l'appelant a soutenu que l'art. 189a du *Code de la route* était inconstitutionnel parce qu'il violait les art. 7, 8 et 9 de la *Charte*. Dans un bref jugement rendu le 13 juin 1983, le juge Bordeleau a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer s'il y avait eu violation des art. 7, 8 ou 9 parce l'article premier de la *Charte* s'appliquerait de toute façon.

Cour d'appel

Cet appel a d'abord été entendu en juin 1985 par la Cour d'appel de l'Ontario, mais il a été reporté jusqu'en juin 1986 pour que l'intimé puisse présenter de nouveaux éléments de preuve à l'appui de ses arguments fondés sur l'article premier. La cour a rendu son arrêt rejetant l'appel le 8 avril 1987. [Maintenant publié à 35 C.C.C. (3d) 240.]

Le juge Tarnopolsky, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, a conclu que le pouvoir d'un agent de police d'interpeller des automobilistes au hasard constitue une détention arbitraire et qu'il viole donc l'art. 9 de la *Charte*. En outre, il a statué que le par. 189a(1) du *Code de la route* ne satisfaisait pas aux exigences de proportionnalité énoncées par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*,

under s. 1 of the *Charter*. Tarnopolsky J.A. declined, however, to strike down s. 189a(1) as of “no force and effect” pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Instead, he read the provision down, requiring that it be “limited to an organized programme of stopping, like the R.I.D.E. programme, or road-blocks where all vehicles are required to halt, or to stopping for some articulable cause.” Finally, he held that although the random stop that had taken place in this case violated the *Charter*, the appellant’s statement to the police officer admitting that he knew his licence was suspended should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Brooke J.A., dissenting in part, held that although the random stop constituted arbitrary detention, it could be justified under s. 1 of the *Charter*. In his opinion, the issues in this case were governed by *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, even though the facts of that case had occurred prior to the proclamation of the *Charter*.

Issues

The constitutional questions were stated as follows by the Chief Justice in his order of January 24, 1989:

1. Is section 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, as amended by s. 2 of the *Highway Traffic Amendment Act*, 1981 (No. 3), S.O. 1981, c. 72, inconsistent with ss. 7, 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it authorizes the random stop of a motor vehicle and its driver by a police officer acting without any reasonable grounds or other articulable cause to believe that an offence has been committed, when such stop is not part of an organized procedure such as the R.I.D.E. program?
2. If the answer to question 1 lies in the affirmative, can s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Statutory and Constitutional Provisions

Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198

18.—(1) No person shall drive a motor vehicle on a highway unless the motor vehicle is within a class of

[1986] 1 R.C.S. 103, et que, par conséquent, il ne pouvait pas être justifié en vertu de l’article premier de la *Charte*. Toutefois, le juge Tarnopolsky a refusé d’annuler le par. 189a(1) comme «inopérant» aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a plutôt donné une interprétation atténuée à la disposition, selon laquelle elle [TRADUCTION] «ne vise qu’un programme structuré d’interpellations comme le programme R.I.D.E., des contrôles routiers où tous les véhicules doivent stopper ou une interpellation pour un motif précis». Finalement, il a conclu que même si l’interpellation au hasard qui a eu lieu en l’espèce contrevenait à la *Charte*, la déclaration de l’appellant à l’agent de police dans laquelle il admettait savoir que son permis était suspendu ne devrait pas être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Brooke, dissident en partie, a conclu que même si l’interpellation au hasard constituait une détention arbitraire, elle pouvait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. À son avis, les questions soulevées dans cette affaire étaient régies par l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, même si les faits étaient survenus avant l’adoption de la *Charte*.

Questions en litige

Les questions constitutionnelles ont été formulées de la manière suivante par le Juge en chef dans son ordonnance du 24 janvier 1989:

1. Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, modifié par l’art. 2 de la *Loi de 1981 modifiant le Code de la route* (n° 3), L.O. 1981, ch. 72, est-il incompatible avec les art. 7, 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise l’interception au hasard d’un véhicule à moteur et de son conducteur par un agent de police qui n’a aucun motif raisonnable ni aucun autre motif précis de croire qu’une infraction a été commise, lorsque cette interception ne fait pas partie d’une procédure structurée comme le programme R.I.D.E.?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 189a(1) du *Code de la route* est-il justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*?

Dispositions législatives et constitutionnelles

Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198

18 (1) Nul ne doit conduire un véhicule automobile sur une voie publique à moins que ce véhicule automo-

motor vehicles in respect of which the person holds a driver's licence issued to him by the Minister.

19.—(1) Every driver of a motor vehicle shall carry his licence with him at all times while he is in charge of a motor vehicle and shall surrender the licence for reasonable inspection upon the demand of a constable or officer appointed for carrying out the provisions of this Act.

189a—(1) A police officer, in the lawful execution of his duties and responsibilities, may require the driver of a motor vehicle to stop and the driver of a motor vehicle, when signalled or requested to stop by a police officer who is readily identifiable as such, shall immediately come to a safe stop.

Compulsory Automobile Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 83

3.—(1) An operator of a motor vehicle on a highway shall have in the motor vehicle at all times,

- (a) an insurance card for the motor vehicle; or
- (b) an insurance card evidencing that the operator is insured under a contract of automobile insurance,

and the operator shall surrender the insurance card for reasonable inspection upon the demand of a police officer.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24.—(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

bile n'appartienne à une catégorie de véhicules automobiles pour laquelle la personne est titulaire d'un permis de conduire délivré par le ministre.

19 (1) Le conducteur d'un véhicule automobile porte sur lui en tout temps son permis de conduire lorsqu'il a la responsabilité du véhicule. Il le présente pour inspection légitime, à la demande d'un constable ou d'un agent chargé de faire appliquer les dispositions de la présente loi.

189a (1) Un agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, peut exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Si tel est le cas, à la suite d'une demande ou de signaux, le conducteur obéit immédiatement à la demande de l'agent identifiable à première vue comme tel.

Loi sur l'assurance-automobile obligatoire, L.R.O. 1980, ch. 83

3 (1) L'utilisateur d'un véhicule automobile sur une route doit détenir en tout temps:

- a) une carte d'assurance du véhicule;
- b) une carte d'assurance attestant qu'il est assuré en vertu d'un contrat d'assurance-automobile.

Il est tenu de remettre cette carte à la demande d'un agent de police qui désire l'examiner.

Charte canadienne des droits et libertés

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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

Constitution Act, 1982

52.—(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Previous Decisions by this Court on the Validity of Random Stops

In *Dedman v. The Queen, supra*, and *Hufsky v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 621, both the significance and consequences of the random stopping of motorists by the police were considered.

In *Dedman*, the random stop was conducted as part of the Province of Ontario's R.I.D.E. campaign, a program in which police establish checkpoints at the side of the road and pull over motorists at random to check their sobriety. It was acknowledged that police officers conducting these stops would ask to see motorists' licences in order to engage them in conversation. In reality this was done to determine whether there were grounds for a reasonable suspicion that the driver had been drinking alcohol.

The random stop at issue in *Dedman* was conducted in 1980, one year before s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* was enacted and two years before the *Charter* came into effect. Both the majority and minority judgments held that the police officer had no statutory authority to conduct a random stop. Le Dain J., writing for the majority, held, however, that common law authority for the random stops conducted under the R.I.D.E. program could be derived from the gener-

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

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Arrêts antérieurs de notre Cour portant sur la validité des interpellations au hasard

Dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, précité, et *Hufsky c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 621, la Cour a examiné l'importance et les conséquences des interpellations au hasard d'automobilistes par la police.

Dans l'affaire *Dedman*, l'interpellation au hasard a été effectuée dans le cadre de la campagne R.I.D.E. en Ontario, un programme en vertu duquel la police établit des points de contrôle sur le bord de la route et interpelle au hasard des automobilistes pour vérifier s'ils sont sobres. Il a été reconnu que les agents de police qui effectuaient ces interpellations demandaient de voir les permis de conduire des automobilistes dans le but d'engager une conversation avec eux. En réalité, c'était pour déterminer s'il y avait des motifs de soupçonner raisonnablement que le conducteur avait consommé de l'alcool.

L'interpellation au hasard dont il est question dans l'affaire *Dedman* a été effectuée en 1980, une année avant l'adoption du par. 189a(1) du *Code de la route* et deux ans avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Dans leurs opinions respectives, les juges formant la majorité et ceux formant la minorité ont conclu que l'agent de police n'avait pas le pouvoir légal d'effectuer une interpellation au hasard. Toutefois, le juge Le Dain, qui a rédigé l'opinion de la majorité, a conclu que le pouvoir de common law en matière d'interpellations au hasard effectuées dans le cadre du programme R.I.D.E. pouvait s'appuyer sur les devoirs généraux des agents de police compte tenu du critère

al duties of police officers on the basis of the test laid down in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659. Le Dain J. noted at pp. 34-35:

In applying the *Waterfield* test to the random stop of a motor vehicle for the purpose contemplated by the R.I.D.E. program, it is convenient to refer to the right to circulate in a motor vehicle on the public highway as a "liberty" In assessing the interference with this right by a random vehicle stop, one must bear in mind, however, that the right is not a fundamental liberty like the ordinary right of movement of the individual, but a licensed activity that is subject to regulation and control for the protection of life and property.

The case of *Hufsky*, *supra*, was also concerned with the validity of an organized program of random stops which were carried out this time under a "spot check" program not part of the R.I.D.E. program. These stops were ostensibly authorized by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*. The section was challenged on the grounds that it contravened the provisions of the *Charter*. Unlike the R.I.D.E. program random stopping considered in *Dedman*, the spot check random stop at issue in *Hufsky* was more than a search for impaired drivers. Instead, as in the case at bar, the stop had a broad range of purposes—to check for sobriety, for licences, insurance and the mechanical fitness of cars. The only guideline governing the random stops in *Hufsky*, *supra*, was that the vehicles engaged in the spot check duty were required to include at least one marked police car.

Hufsky had been randomly stopped by a police officer in Metro Toronto. The officer asked to see the appellant's driver's licence and proof of insurance and verified their validity. While speaking to *Hufsky*, the officer detected alcohol on his breath and noticed that his speech was slightly slurred. The officer asked *Hufsky* to accompany him to his police car to conduct a roadside breath test. But when the officer made the breath demand, *Hufsky* refused to comply. The officer then told *Hufsky*

énoncé dans l'arrêt *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659. Le juge Le Dain souligne, aux pp. 34 et 35:

Pour appliquer le critère de l'arrêt *Waterfield* à l'arrêt au hasard d'automobilistes pour les fins visées par le programme R.I.D.E., il est utile de parler du droit de circuler en voiture sur la voie publique en tant que «faculté» [. . .] Pour évaluer l'entrave à ce droit causée par l'arrêt de véhicules au hasard, il faut se rappeler cependant que ce droit n'est pas une liberté fondamentale comme le droit ordinaire de circuler dont jouit une personne, mais une activité qui nécessite un permis, c'est-à-dire assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété.

L'arrêt *Hufsky*, précité, portait également sur la validité d'un programme structuré d'interpellations au hasard qui étaient effectuées cette fois dans le cadre d'un programme de «contrôles routiers ponctuels» qui ne faisait pas partie du programme R.I.D.E. Ces interpellations étaient soit-disant autorisées par le par. 189a(1) du *Code de la route*. Le paragraphe a été contesté pour le motif qu'il contrevenait aux dispositions de la *Charte*. Contrairement aux interpellations au hasard effectuées dans le cadre du programme R.I.D.E. dont il est question dans l'affaire *Dedman*, l'interpellation au hasard effectuée dans le cadre du contrôle routier ponctuel en cause dans l'affaire *Hufsky* visait davantage que les conducteurs en état d'ébriété. Comme en l'espèce, l'interpellation visait plutôt plusieurs objectifs—vérifier la sobriété, les permis de conduire, les assurances et l'état mécanique des véhicules. La seule directive qui régissait les interpellations au hasard dans l'affaire *Hufsky*, précité, était qu'il devait y avoir au moins une voiture de police identifiée parmi les véhicules utilisés pour effectuer les contrôles routiers ponctuels.

Hufsky a été interpellé au hasard par un agent de police dans la communauté urbaine de Toronto. L'agent a demandé à voir le permis de conduire de l'appelant et une preuve d'assurance et a vérifié s'ils étaient valides. En parlant avec *Hufsky*, l'agent a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'appelant et a constaté une légère difficulté de prononciation. L'agent a demandé à *Hufsky* de le suivre jusqu'à sa voiture de police afin de subir un alcootest. Mais quand l'agent lui a demandé de

that he would be charged with failing to provide a breath sample and informed him of his right to retain and instruct counsel without delay.

Le Dain J., writing for a unanimous Court, held that the random stops conducted under the spot check program and authorized by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* did not violate the *Charter*. He concluded that although the random stop constituted arbitrary detention in violation of s. 9 of the *Charter* it was justified under s. 1. He also held that the random stop did not constitute an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*. In holding that the random stops, though violating s. 9, were justified under s. 1, he stated at pp. 636-37:

In view of the importance of highway safety and the role to be played in relation to it by a random stop authority for the purpose of increasing both the detection and the perceived risk of detection of motor vehicle offences, many of which cannot be detected by mere observation of driving, I am of the opinion that the limit imposed by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* on the right not to be arbitrarily detained guaranteed by s. 9 of the *Charter* is a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society. The nature and degree of the intrusion of a random stop for the purposes of the spot check procedure in the present case, remembering that the driving of a motor vehicle is a licensed activity subject to regulation and control in the interests of safety, is proportionate to the purpose to be served.

There are few distinctions between the random stop under consideration in the case at bar and the random stop dealt with by this Court in *Hufsky*. In both cases, the stop was conducted in order to check licences, insurance, mechanical fitness and, although never explicitly stated at the appellant's trial, the sobriety of the driver. In both cases, the police actions were authorized primarily by s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* which granted them absolute discretion to stop motorists if in the lawful execution of their duties. Finally, the

fournir un échantillon d'haleine, Hufsky a refusé d'obtempérer. L'agent a alors avisé Hufsky qu'il serait accusé de refus de fournir un échantillon d'haleine et l'a informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Le juge Le Dain, rédigeant l'opinion unanime de la Cour, a statué que les interpellations au hasard effectuées dans le cadre du programme de contrôles routiers ponctuels et autorisés par le par. 189a(1) du *Code de la route* ne contrevenaient pas à la *Charte*. Il a conclu que même si l'interpellation au hasard constituait une détention arbitraire contrairement à l'art. 9 de la *Charte*, elle était justifiée en vertu de l'article premier. Il a également conclu que l'interpellation au hasard ne constituait pas une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. En statuant que les interpellations au hasard, tout en violant l'art. 9, étaient justifiées en vertu de l'article premier, il a dit, aux pp. 636 et 637:

Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard afin d'accroître tant la détection que la perception du risque de détection des infractions à la circulation automobile, dont plusieurs sont indétectables par la simple observation de la façon de conduire, je suis d'avis que la restriction que le par. 189a(1) du *Code de la route* impose au droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. De par sa nature et son degré, l'intrusion que représente l'arrêt au hasard effectué afin de procéder à un contrôle routier ponctuel en l'espèce, en ayant à l'esprit que la conduite d'un véhicule automobile est une activité autorisée et assujettie à une réglementation et à un contrôle pour des motifs de sécurité, est proportionnelle à la fin recherchée.

Il y a peu de différence entre l'interpellation au hasard visée en l'espèce et l'interpellation au hasard dont notre Cour a traité dans l'arrêt *Hufsky*. Dans les deux cas, l'interpellation a été effectuée pour vérifier les permis de conduire, les assurances, l'état mécanique et, bien que cela n'ait jamais été dit explicitement au procès de l'appellant, la sobriété du conducteur. Dans les deux cas, les actes des policiers étaient autorisés principalement par le par. 189a(1) du *Code de la route* qui leur accordait un pouvoir discrétionnaire absolu

respondent the Attorney General for Ontario relied on exactly the same extrinsic evidentiary material in each case to justify the random stops.

It might be sought to distinguish the *Hufsky* decision on the ground that it applied to an organized program of roadside spot checks, whereas this case concerns the constitutionality of completely random stops conducted by police as part of a routine check which was not part of any organized program. It might well be that since these stops lack any organized structure, they should be treated as constitutionally more suspect than stops conducted under an organized program. Nonetheless, so long as the police officer making the stop is acting lawfully within the scope of a statute, the random stops can, in my view, be justifiably conducted in accordance with the *Charter*.

Does a Routine Check Random Stop Violate ss. 7, 8 and 9 of the *Charter*?

In *Hufsky, supra*, Le Dain J. held that a random stop of a motorist for the purposes of the spot check procedure violated s. 9 of the *Charter*. He found that a motorist stopped at a check point was detained as that term was defined in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. He stated at p. 632:

By the random stop for the purposes of the spot check procedure the police officer assumed control over the movement of the appellant by a demand or direction that might have significant legal consequence, and there was penal liability for refusal to comply with the demand or direction.

Le Dain J. also determined that the detention was arbitrary, since "there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure". He stated at p. 633:

d'interpeller des automobilistes à la condition que ce soit dans l'exercice légitime de leurs fonctions. Finalement, l'intimé, le procureur général de l'Ontario, s'est fondé exactement sur la même preuve extrinsèque dans chaque cas pour justifier les interpellations au hasard.

On pourrait chercher à établir une distinction d'avec l'arrêt *Hufsky* en faisant valoir qu'il s'applique à un programme structuré de contrôles routiers ponctuels tandis que la présente affaire porte sur la constitutionnalité d'interpellations effectuées complètement au hasard par les policiers dans le cadre d'une vérification de routine qui ne faisait pas partie d'un programme structuré. Il se pourrait bien que parce qu'elles ne font pas partie d'un programme structuré, ces interpellations doivent être traitées comme étant plus douteuses du point de vue constitutionnel que celles effectuées dans le cadre d'un programme structuré. Néanmoins, dans la mesure où l'agent de police qui interpelle agit conformément à une loi, les interpellations au hasard peuvent, à mon avis, être justifiées conformément à la *Charte*.

Une interpellation au hasard pour une vérification de routine viole-t-elle les art. 7, 8 et 9 de la *Charte*?

Dans l'arrêt *Hufsky*, précité, le juge Le Dain a statué que l'interpellation au hasard d'un automobiliste pour les fins du contrôle routier ponctuel violait l'art. 9 de la *Charte*. Il a conclu que l'automobiliste interpellé à un point de contrôle était détenu selon le sens donné à ce terme dans les arrêts *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Il affirme, à la p. 632:

En arrêtant des véhicules au hasard pour les fins du contrôle routier ponctuel, l'agent de police a restreint la liberté d'action de l'appelant au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui pourrait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique, et il y avait une responsabilité pénale en cas de refus d'obtempérer à la sommation ou à l'ordre.

Le juge Le Dain a également établi que la détention était arbitraire étant donné «qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel». Il dit, à la p. 633:

The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise.

The conclusions reached in *Hufsky, supra*,^a determine the arbitrary detention issue raised in this case. Although the police officers differed as to whether the appellant would have been arrested if he had attempted to flee, there can be no question that he was detained. The police officers had assumed control over the movement of the appellant by a demand or direction. In addition, while the detention involved only traffic offences rather than violations of the *Criminal Code*, the maximum penalties, which provide for a \$2,000 fine or six months' imprisonment, demonstrate that the legal consequences of the detention were significant. The detention was arbitrary, since the decision as to whether the stop should be made lay in the absolute discretion of the police officers. There can thus be no doubt that the routine check random stop constituted an arbitrary detention in violation of s. 9 of the *Charter*.

The appellant's challenge under s. 8 is also governed by the decision in *Hufsky*. There Le Dain J. stated at p. 638:

In my opinion the demand by the police officer, pursuant to the above legislative provisions, that the appellant surrender his driver's licence and insurance card for inspection did not constitute a search within the meaning of s. 8 because it did not constitute an intrusion on a reasonable expectation of privacy. Cf. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. There is no such intrusion where a person is required to produce a licence or permit or other documentary evidence of a status or compliance with some legal requirement that is a lawful condition of the exercise of a right or privilege.

Section 8 might be brought into play in circumstances where the police, in the process of a random stop, found in the car marijuana or an item of stolen property. But the police in this case did no more than request the appellant's licence and insurance papers. The appellant quickly admitted that his licence was under suspension and as a result he was unable to produce these docu-

La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice.

^a Les conclusions auxquelles on est arrivé dans l'arrêt *Hufsky*, précité, répondent à la question de la détention arbitraire soulevée en l'espèce. Bien que les policiers aient exprimé des opinions divergentes quant à savoir si l'appellant aurait été arrêté s'il avait tenté de s'enfuir, il est évident qu'il était détenu. Les agents de police avaient restreint la liberté d'action de l'appellant au moyen d'une sommation ou d'un ordre. De plus, bien que la détention n'ait visé que des infractions en matière de circulation plutôt que des violations du *Code criminel*, les peines maximales de 2 000 \$ d'amende ou de six mois d'emprisonnement démontrent que les conséquences juridiques de la détention étaient sérieuses. La détention était arbitraire, étant donné que la décision d'effectuer l'interpellation relevait du pouvoir discrétionnaire absolu des agents de police. Par conséquent il n'y a aucun doute que l'interpellation au hasard pour une vérification de routine constituait une détention arbitraire contrairement à l'art. 9 de la *Charte*.

^f La contestation de l'appellant fondée sur l'art. 8 est également régie par l'arrêt *Hufsky*. Le juge Le Dain y affirme, à la p. 638:

^g À mon avis, la demande de l'agent de police, faite conformément aux dispositions législatives précitées, que l'appellant lui remette son permis de conduire et sa carte d'assurance pour examen, ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8, parce qu'elle ne constituait pas une atteinte à une expectative raisonnable en matière de vie privée. Cf. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Il n'y a pas d'atteinte de ce genre lorsqu'une personne est requise de produire une licence ou un permis, ou une autre preuve documentaire d'un statut ou du respect de quelque exigence légale constituant une condition licite de l'exercice d'un droit ou d'un privilège.

ⁱ L'article 8 pourrait s'appliquer dans des circonstances où la police, en effectuant une interpellation au hasard, trouve dans la voiture de la marijuana ou un objet volé. Mais en l'espèce, la police a seulement demandé à l'appellant son permis de conduire et sa preuve d'assurance. L'appellant a rapidement admis que son permis était suspendu et que pour cette raison il n'était pas en mesure de

ments. It follows that it cannot be argued that a "seizure" within the meaning of s. 8 occurred. The action of the police in this case cannot be regarded as a violation of s. 8 of the *Charter*.

Since it has been determined that routine check random stops violate s. 9 of the *Charter*, it is unnecessary to decide whether these random stops infringe s. 7.

Can the s. 9 Violation Be Justified Under s. 1 of the *Charter*?

Although a routine check under s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* constitutes a violation of the protection against arbitrary detention guaranteed by s. 9, it remains to be determined whether the provision can be saved by s. 1 of the *Charter*. Section 1 provides:

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

This section requires the courts to attempt to achieve a proper balance between the fundamental rights of the individual and the legal restrictions which may be placed on those rights for the benefit of society as a whole.

The power of a police officer to stop motor vehicles at random is derived from s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* and is thus prescribed by law. See *Hufsky, supra*, at p. 634. The authority also has been justified by this Court in its decision in *Dedman, supra*, as a prescription of the common law.

The crux of the issue is whether the truly random routine check can be "reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society". It is at this stage that the delicate balancing process must be undertaken. The test to be used to determine whether the law in question can be justified was set forth by Dickson C.J. in *R. v. Oakes, supra*, and was restated by him in *R. v.*

présenter ces documents. On ne peut donc soutenir qu'il y a eu une «saisie» au sens de l'art. 8. L'acte accompli par la police en l'espèce ne peut être considéré comme une violation de l'art. 8 de la

a Charter.

Étant donné qu'il a été déterminé que les interpellations au hasard pour une vérification de routine violent l'art. 9 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de décider si ces interpellations au hasard portent atteinte à l'art. 7.

b

La violation de l'art. 9 peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

c

Bien qu'une vérification de routine aux termes du par. 189a(1) du *Code de la route* constitue une violation de la protection contre la détention arbitraire que garantit l'art. 9, il reste à déterminer si la disposition peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Voici le texte de l'article premier:

d

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

e

Cet article exige que les tribunaux tentent d'arriver à un équilibre convenable entre les droits fondamentaux des particuliers et les restrictions légales qui peuvent être imposées à ces droits au profit de l'ensemble de la société.

g

Le pouvoir d'un agent de police d'intercepter des véhicules automobiles au hasard découle du par. 189a(1) du *Code de la route* et est donc prescrit par une règle de droit. Voir *Hufsky, précité*, à la p. 634. Ce pouvoir a également été justifié par notre Cour dans l'arrêt *Dedman, précité*, comme étant prescrit par la common law.

h

Le nœud de la question est de savoir si la vérification de routine effectuée véritablement au hasard «est une atteinte raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». C'est à ce stade-ci que le processus délicat d'évaluation doit être entrepris. Le critère qui doit être utilisé pour déterminer si la loi en question peut être justifiée a

i

j

Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69, in these words:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid the rigid and inflexible standards.

In order to succeed the respondent must show on a "preponderance of probabilities" that the proportionality test set out above has been met by s. 189a(1).

There cannot be any serious doubt that the legislation in question deals with a pressing and substantial concern. The statistics paint a depressing picture of the killing and maiming that results from the operation of motor vehicles on the streets and highways of the nation. The evidence filed vividly demonstrates the validity of the pressing and substantial nature of the concern.

It shows that between 1980 and 1984, the number of accidents reported in Ontario came within the range of 182,000 to almost 200,000. These accidents resulted in the death of well over 1000 persons, as well as injuries to more than 90,000 others, in each of these years. In 1984 alone, the amount of estimated property damage reached close to \$500 million (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1980, 1981, 1982, 1983

été énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et de nouveau dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769, de la manière suivante:

- ^a Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.
- ^f Pour avoir gain de cause l'intimée doit démontrer, selon la «prépondérance des probabilités», que le par. 189a(1) respecte le critère de proportionnalité énoncé plus haut.

^g On ne peut sérieusement douter que la mesure législative en question répond à une préoccupation urgente et réelle. Les statistiques projettent une image déprimante des décès et des blessures qui résultent de la conduite de véhicules automobiles sur les rues et les routes du pays. Les éléments de preuve déposés démontrent de façon frappante à quel point la préoccupation est urgente et réelle.

ⁱ Il en ressort que, de 1980 à 1984, le nombre d'accidents rapportés en Ontario est passé d'environ 182 000 à près de 200 000. Ces accidents ont entraîné le décès de plus de 1 000 personnes et ont causé des blessures à plus de 90 000 autres au cours de chacune de ces années. En 1984 seulement, on évalue le montant des dommages causés aux biens à près de 500 millions de dollars (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1980, 1982,

and 1984). These excerpts highlight the potential for killing, for injury and for material destruction which is associated with the operation of automobiles. It is fitting that governmental action be taken to prevent or at least to lessen this carnage on our highways. Proper laws and regulations are necessary to regulate the privilege of driving a motor vehicle on public thoroughfares.

The evidence also reveals a more specific pressing and substantial concern pertaining to particular and precise aspects of driving a motor vehicle. These statistics relate to areas where the probability of accidents can be reduced. They are therefore directly pertinent to the question of random stopping. The mechanical fitness of the vehicle, the possession of a valid licence and proper insurance, and the sobriety of the driver are the three primary and specific areas of concern. Each of the three represents a significant component of the aggregate accident figures. These factors, which are pre-requisites to the safe operation of a motor vehicle, can be readily identified and, if they can be controlled, then accidents causing death and injury will be reduced. It is therefore a very legitimate goal to strive by legislation to control and eradicate those dangerous factors thereby reducing the terrible toll of highway accidents.

The mechanical fitness category comprises, among other things, the working condition of headlights, brakes and seat belts. The statistics concerning the use of seat belts provide an interesting example. The evidence indicates that both drivers and passengers have a much better chance of escaping injury in a car accident when wearing seat belts. In 1984, the likelihood of escaping injury was almost 20 percent better for drivers wearing seat belts. Moreover, the severity of injury was significantly lessened amongst those who did get injured (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984).

In addition, significant weight must be given to the statistical evidence that demonstrates a posi-

1982, 1983 et 1984). Ces extraits soulignent les risques de décès, de blessures et de dommages matériels qui sont associés à la conduite des automobiles. Il est normal que le gouvernement prenne des mesures pour empêcher ou du moins réduire ce carnage sur nos routes. Des lois et des règlements adéquats sont nécessaires pour régir le privilège de la conduite automobile sur les voies publiques.

La preuve révèle également une préoccupation urgente et réelle plus spécifique en ce qui concerne des aspects particuliers et précis de la conduite automobile. Ces statistiques se rapportent à des secteurs où la probabilité d'accidents peut être réduite. Elles sont par conséquent directement applicables à la question des interpellations au hasard. Le bon état mécanique du véhicule, la possession d'un permis de conduire valide et d'une preuve d'assurance appropriée ainsi que la sobriété du conducteur constituent les trois principaux sujets de préoccupation particuliers. Chacun des trois vise une part importante du nombre total d'accidents. Ces facteurs, qui constituent des conditions préalables à la conduite prudente d'un véhicule automobile, peuvent être facilement identifiés et, s'ils peuvent être contrôlés, il y aura alors réduction du nombre d'accidents causant des décès et des blessures. Il s'agit donc d'un but très légitime à atteindre par voie législative de manière à contrôler et à éliminer ces facteurs dangereux et à réduire ainsi le nombre effroyable des victimes d'accidents de la route.

La catégorie du bon état mécanique comprend notamment le bon fonctionnement des phares, des freins et des ceintures de sécurité. Les statistiques concernant le port de la ceinture de sécurité constituent un exemple intéressant. La preuve révèle que les conducteurs et les passagers ont de bien meilleures chances d'éviter d'être blessés dans un accident d'auto lorsqu'ils portent une ceinture de sécurité. En 1984, la probabilité de ne pas être blessés était de presque 20 pour 100 supérieure pour les conducteurs qui portaient une ceinture de sécurité. En outre, la gravité des blessures était sensiblement moindre chez ceux qui avaient été blessés (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984).

De plus, il convient d'accorder beaucoup d'importance à la preuve statistique qui démontre une

tive correlation between unlicensed driving and an increased risk of serious highway accidents. In 1984, for example, there were 330,000 reported automobile accidents in Ontario, 1500 of which resulted in fatalities. Of the total of 330,000, over 6,000 (roughly 2 percent) involved unlicensed drivers. However, in what I consider a truly astounding figure, of the 1,500 fatal accidents, over 100 (or roughly 7 percent) involved unlicensed drivers. In other words, in accidents involving licensed drivers, the probability of fatalities was 214 to 1, while for unlicensed drivers the same probability was 59 to 1. The same type of comparison for insured and uninsured vehicles involved in fatal accidents yielded results which were almost as marked. To drive without proper insurance increases the chances of involvement in fatal accidents from 212 to 1 to 83 to 1 (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). The statistics for 1982 and 1983 reveal a comparable pattern.

The only method of ensuring that the brakes and seat belts are operational is by stopping and checking vehicles. Of even greater importance is to determine if a driver is licensed and insured. Once again this can only be done by stopping vehicles. The unlicensed driver is a statistically proven menace on the highways. Moreover, such a driver has demonstrated a contempt for the law and an irresponsible attitude as well as a marked propensity to being involved in serious accidents. All users of the highways have an interest in seeing that unlicensed drivers are apprehended and removed from the highway. As well, society as a whole has an interest in reducing the cost of medical, hospital and rehabilitation services which must be provided to accident victims and in minimizing the emotional damage suffered by the victims' families. Surely the preventive medication of requiring drivers to stop provided by s. 189a(1) is preferable to the incurable terminal tragedy represented by the fatal accident victim and the permanently disabled victim. Surely it must be better to permit the random stop and prevent the accident

corrélation indéniable entre la conduite sans permis et un accroissement du risque d'accidents graves de la route. Par exemple, en 1984, 330 000 accidents d'auto ont été rapportés en Ontario, dont 1 500 ont entraîné des pertes de vie. De ce total de 330 000, plus de 6 000 (environ 2 pour 100) impliquaient des conducteurs sans permis. Toutefois, dans ce que je considère comme étant un chiffre vraiment stupéfiant, des 1 500 accidents mortels, plus de 100 (soit environ 7 pour 100) impliquaient des conducteurs sans permis. En d'autres termes, dans le cas des accidents impliquant des conducteurs avec permis, le risque de décès était de 214 contre 1, alors que pour les conducteurs sans permis le même risque était de 59 contre 1. Le même genre de comparaison en ce qui a trait aux véhicules assurés et à ceux non assurés impliqués dans des accidents mortels a donné des résultats qui étaient presque aussi marqués. Conduire sans assurance appropriée fait passer les risques d'implication dans des accidents mortels de 212 contre 1 à 83 contre 1 (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). Les statistiques relatives aux années 1982 et 1983 indiquent une situation comparable.

L'interception et la vérification des véhicules constituent le seul moyen de vérifier le bon fonctionnement des freins et des ceintures de sécurité. Il est encore plus important de déterminer si un conducteur possède un permis et des assurances. Encore une fois, cela ne peut se faire qu'en interceptant des véhicules. Les statistiques démontrent que le conducteur sans permis constitue une menace sur la route. En outre, un tel conducteur démontre un mépris de la loi et de l'irresponsabilité ainsi qu'une tendance marquée à être impliqué dans des accidents graves. Tous ceux qui circulent sur les routes ont intérêt à ce que les conducteurs sans permis soient arrêtés et chassés de la route. De même, la société dans son ensemble a intérêt à réduire les frais des services médicaux, d'hospitalisation et de réadaptation qui doivent être assurés aux victimes d'accidents ainsi que le préjudice émotionnel causé à leur famille. Il est certain que le remède préventif que prévoit le par. 189a(1) et qui consiste à obliger les conducteurs à s'arrêter est préférable à la tragédie terminale incurable que représentent la victime d'un accident mortel et la

than to deny the right to stop and repeatedly confirm the sad statistics at the morgue and hospital. The majority reasons of United States Supreme Court in *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), finding random stops unconstitutional, were specifically rejected in *Hufsky*. However, the position on this issue was well put by Rehnquist J. (as he then was) in his dissenting reasons, at p. 666:

The State's primary interest . . . is in traffic safety, not in apprehending unlicensed motorists for the sake of apprehending unlicensed motorists. The whole point of enforcing motor vehicle safety regulations is to remove from the road the unlicensed driver before he demonstrates why he is unlicensed. The [majority of the United States Supreme] Court would apparently prefer that the State check licenses and vehicle registrations as the wreckage is being towed away.

Another facet of the proper legislative goal of safety on the highways is the reduction of impaired driving. The studies on this subject have been well publicized over recent years. Once again, the evidence is overwhelming in its confirmation of the relationship between serious accidents and driving under the influence of alcohol or other drugs. In 1984 the presence of alcohol and drug use as a percentage of the total number of accidents rose from 8 percent for all accidents to 10 percent for accidents involving injuries, and even higher to 31 percent in accidents involving fatalities (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). This correlation became the justification for widespread campaigns aimed at educating people about impaired driving, and at organized random stop programs like R.I.D.E. in larger centres aimed at reducing the incidence of impaired driving.

In *Hufsky*, *supra*, at p. 636 Le Dain J. wrote these compelling words upon a consideration of

victime handicapée de façon permanente. Il vaut certainement mieux permettre les interpellations au hasard et empêcher qu'un accident ne survienne que refuser le droit d'interpeller et confirmer de façon répétée les tristes statistiques à la morgue et à l'hôpital. Les motifs des juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979), qui ont conclu à l'inconstitutionnalité des interpellations au hasard, ont été précisément rejetés dans l'arrêt *Hufsky*. Toutefois, la position à l'égard de cette question a été bien exposée par le juge Rehnquist (maintenant Juge en chef) dans ses motifs de dissidence, à la p. 666:

[TRADUCTION] L'intérêt premier de l'État [. . .] vise la sécurité routière et non l'arrestation d'automobilistes sans permis dans le seul but d'arrêter des automobilistes sans permis. Le but véritable de l'application des règlements en matière de sécurité des véhicules automobiles est de chasser de la route le conducteur sans permis avant qu'il ne démontre les raisons pour lesquelles il ne possède pas de permis. La Cour [suprême des États-Unis à la majorité] préférerait apparemment que l'État vérifie le permis et le certificat d'immatriculation du véhicule pendant que le tas de ferraille est remorqué.

La réduction du nombre de conducteurs en état d'ébriété constitue un autre volet de l'objectif légitime de la loi concernant la sécurité sur les routes. Les études sur ce sujet ont reçu beaucoup de publicité au cours des dernières années. Encore une fois, une preuve écrasante confirme le rapport entre les accidents graves et la conduite sous l'influence de l'alcool ou d'autres drogues. En 1984, le pourcentage du nombre d'accidents dus à la consommation d'alcool ou de drogue est passé de 8 pour 100 de tous les accidents à 10 pour 100 des accidents causant des blessures et même encore plus à 31 pour 100 des accidents mortels (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). Cette corrélation est devenue la justification de vastes campagnes qui visent à éduquer les gens au sujet de l'alcool au volant et comportent des programmes structurés d'interpellations au hasard comme le programme R.I.D.E. dans les centres plus importants, qui ont pour objet de réduire la conduite en état d'ébriété.

Voici les propos convaincants que le juge Le Dain a tenus dans l'arrêt *Hufsky*, précité, à la

this same evidence that was put forward to justify random spot checks:

[It] reinforces the impression of the gravity of the problem of motor vehicle accidents in terms of the resulting deaths, personal injury and property damage, and the overriding importance of the effective enforcement of the motor vehicle laws and regulations in the interests of highway safety. The charts or tables prepared by the respondent from the statistical data in the government reports stress the following points: the relative importance of licence suspension and the effective enforcement of it; the relatively higher proportion of unlicensed and uninsured drivers, by comparison with the proportion of licensed and insured drivers, involved in motor vehicle accidents resulting in death or personal injury; and the relative importance of the motor vehicle offences, including driving without a licence or while under licence suspension or without insurance. . .

In my view these remarks are equally applicable to the random routine checks under consideration in this case. I am satisfied that the legislation at issue (s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act*) and the random stops carried out pursuant to its provisions are designed to deal with and meet a very real "pressing and substantial concern". It now must be seen whether the means chosen is proportional or appropriate to those pressing concerns.

The means chosen is the incidental random spot check, not part of an organized program like R.I.D.E. and not a stop based on some articulable cause. It is now well settled that these latter methods of stopping drivers are justifiable under s. 1. (See *Dedman, supra, Hufsky, supra*, and the lower court judgment in this case, in particular the judgment of Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal.)

In my view the random stop is rationally connected and carefully designed to achieve safety on the highways. The stops impair as little as possible the rights of the driver. In addition, the stops do not so severely trench on individual rights that the

p. 636, après avoir examiné la même preuve qui a été présentée pour justifier les interpellations au hasard effectuées dans le cadre d'un programme de contrôles routiers ponctuels:

^a [Elle] renforce l'impression de gravité du problème des accidents de la route, en termes de décès, de blessures et de dommages matériels, et appuie l'importance primordiale d'une application efficace des lois et règlements de la circulation automobile, en vue d'assurer la sécurité routière. Les graphiques ou tableaux préparés par l'intimée à partir des données statistiques figurant dans les rapports gouvernementaux soulignent les points suivants: l'importance relative de la suspension du permis et de la répression de la conduite automobile avec permis suspendu; la proportion relativement plus élevée des conducteurs sans permis et sans assurance, par rapport à la proportion des conducteurs titulaires d'un permis et assurés, impliqués dans des accidents de la route ayant causé un décès ou des blessures; et ^b l'importance relative des infractions à la circulation automobile, dont la conduite sans permis, ou avec permis suspendu, ou sans assurance . . .

À mon avis ces observations s'appliquent également aux vérifications de routine effectuées au hasard dont il est question en l'espèce. Je suis convaincu que le texte législatif contesté (le par. 189a(1) du *Code de la route*) et les interpellations au hasard effectuées en application de ses dispositions sont destinées à répondre à tout ce qu'il y a de plus urgent et réel comme préoccupation. Il convient maintenant d'examiner si les moyens choisis sont proportionnels à ces préoccupations urgentes ou s'ils conviennent à celles-ci.

Le moyen choisi est le contrôle routier ponctuel, qui ne fait pas partie d'un programme structuré comme le programme R.I.D.E., et non une interpellation pour un motif précis. Il est maintenant bien établi que ces dernières façons d'interpeller les conducteurs peuvent être justifiées aux termes de l'article premier. (Voir *Dedman, précité, Hufsky, précité*, et l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, en particulier l'opinion du juge Tarnopolsky.)

À mon avis, l'interpellation au hasard a un lien rationnel avec la sécurité sur les routes et est conçue avec soin pour la réaliser. Ces interpellations portent le moins possible atteinte aux droits du conducteur. De plus, les interpellations ne por-

legislative objective is outweighed by the abridgement of the individual's rights.

To begin with, it has been observed that not only is the stopping of vehicles rationally connected to highway safety, it is the sole method of checking a driver's licence and insurance, or the mechanical fitness of a vehicle or whether the driver is impaired. It should be remembered that when penalties are imposed for driving offences, the suspension of the driver's licence often plays a significant role. In addition, with the suspension of the driver's right to drive, society remains protected when the court decides in appropriate cases to impose a lighter jail term to the benefit of the offender. In order for licence suspensions to be effective as a means of punishment, they must be enforceable. To permit those whose licence is suspended to drive creates both a danger to society and fosters a contempt for the law by the ease of infringement. There must be a real element of risk of detection of driving by unlicensed drivers for the suspension of a licence to be an effective remedy. Random stops supply the only effective deterrent.

Deterrence is thus a critical aspect of the routine check. As Rehnquist J. put it in *Delaware v. Prouse*, *supra*, at p. 666, "an unlicensed driver who is not deterred [merely] by the prospect of being involved in a traffic violation or other incident requiring him to produce a license would be deterred by the possibility of being subjected to a spot check." In other words, while a driver might be willing to chance driving without a licence where the factors leading to being caught are more or less within the driver's control, a random routine check is outside of this controllable range and might deter the unlicensed driver from getting behind the wheel.

The evidence indicates that, in 1984, 1 in 37 drivers in the province of Ontario were serving licence suspensions (Ontario Motor Vehicle Acci-

tent pas atteinte assez gravement aux droits individuels pour que la restriction de ces droits l'emporte sur l'objectif de la loi.

Tout d'abord, on a remarqué que l'interception des véhicules a non seulement un lien rationnel avec la sécurité routière, mais encore qu'il s'agit de la seule façon de vérifier le permis de conduire et l'assurance d'un conducteur, l'état mécanique d'un véhicule ou la sobriété d'un conducteur. Il convient de rappeler que lorsque des peines sont imposées pour des infractions en matière de circulation, la suspension du permis de conduire joue souvent un rôle important. De plus, la société est protégée par la suspension du droit de conduire d'un conducteur et les tribunaux peuvent ainsi, selon l'espèce, imposer des peines d'emprisonnement moins longues à l'avantage du contrevenant. Pour que les suspensions de permis constituent une peine efficace, elles doivent être exécutoires. Permettre de conduire à ceux dont le permis est suspendu crée à la fois un danger pour la société et encourage le non-respect de la loi en facilitant la violation. Il doit exister un véritable élément de risque de détection des conducteurs sans permis pour que la suspension d'un permis puisse être un remède efficace. Les interpellations au hasard constituent le seul moyen dissuasif efficace.

La dissuasion constitue donc un aspect important de la vérification de routine. Comme le juge Rehnquist l'a dit dans l'arrêt *Delaware v. Prouse*, à la p. 666, [TRADUCTION] «un conducteur sans permis qui n'est pas dissuadé [simplement] par la perspective d'être impliqué dans une infraction en matière de circulation ou un autre incident qui l'obligerait à présenter un permis serait dissuadé par la possibilité d'être soumis à un contrôle routier ponctuel». En d'autres termes, un conducteur pourrait être prêt à courir la chance de conduire sans permis lorsque les facteurs susceptibles d'entraîner son arrestation relèvent plus ou moins de son contrôle, alors qu'une vérification de routine au hasard ne relève pas de son contrôle et pourrait dissuader le conducteur sans permis de prendre le volant.

La preuve révèle qu'en 1984 un conducteur sur 37 en Ontario était sous le coup d'une suspension de permis (Ontario Motor Vehicle Accident Facts:

dent Facts: 1984). With such a large number of suspended drivers in the province, the goal of deterring them from driving illegally necessitates more than just the organized random stop or stop for articulable cause. R.I.D.E. locations are frequently well-known or visible in advance, allowing an offender to avoid the organized stop. Without random routine checks, impaired drivers could easily avoid the consequences of their dangerous misconduct. One commentator has described the routine check as "the predominant pro-active policing technique to deal with drinking drivers": Segal, "*R. v. Hufsky: Random Spot Check Programmes*" (1989) 1 *J.M.V.L.* 34, at p. 44.

To recognize the validity of the random routine check is to recognize reality. In rural areas it will be an impossibility to establish an effective organized program. Yet the driving offences in these areas lead to consequences just as tragic as those that arise in the largest urban centres. Even the large municipal police force will, due to fiscal constraints and shortages of personnel, have difficulty establishing an organized program that would constitute a real deterrent.

From the foregoing, it is readily apparent that there is a rational connection between the routine check and the goal of the empowering provision of the *Highway Traffic Act*.

The next question is whether the routine check impairs the s. 9 right as little as possible. Incompetent driving creates a serious and dangerous hazard to all who use the highways. This has been recognized throughout Canada by legislation which makes it a condition of granting a licence to drive that the applicant demonstrate a minimum standard of competence. It is only those holding a licence who may exercise the right to drive. Even that right is regulated by the provisions of provincial traffic Acts and the *Criminal Code*. If the right to drive can only be exercised by licence holders, then there must be a method by which

1984). Pour dissuader un aussi grand nombre de conducteurs dont le permis a été suspendu dans la province de conduire illégalement, il faut plus qu'une simple interpellation ponctuelle structurée ou une interpellation pour un motif précis. Les endroits prévus pour les arrêts du programme R.I.D.E sont souvent bien connus ou visibles de loin, ce qui permet au contrevenant d'échapper à l'interpellation structurée. Sans vérification ponctuelle de routine, les conducteurs en état d'ébriété pourraient facilement éviter les conséquences de leur conduite dangereuse. Un commentateur a décrit la vérification de routine comme [TRADUCTION] «la principale technique active de maintien de l'ordre en ce qui concerne les conducteurs en état d'ébriété»: Segal, «*R. v. Hufsky: Random Spot Check Programmes*» (1989), 1 *J.M.V.L.* 34, à la p. 44.

Reconnaître la validité de la vérification de routine au hasard, c'est se rendre à la réalité. Dans les régions rurales, il sera impossible de mettre sur pied un programme structuré efficace. Pourtant, les infractions en matière de circulation dans ces régions entraînent des conséquences tout aussi tragiques que dans les plus grands centres urbains. Même les services de police municipaux importants auront, en raison de contraintes financières et d'un manque de personnel, de la difficulté à mettre sur pied un programme structuré qui sera véritablement dissuasif.

Il ressort facilement de ce qui précède qu'il existe un lien rationnel entre la vérification de routine et l'objectif de la disposition habilitante du *Code de la route*.

La question suivante est de savoir si la vérification de routine porte le moins possible atteinte au droit que confère l'art. 9. La conduite de façon incompétente crée un risque grave pour tous ceux qui circulent sur les routes. Cette situation a été reconnue au Canada par la loi qui assortit l'obtention d'un permis de conduire de la condition que le requérant démontre une compétence minimale. Seuls les titulaires d'un permis peuvent exercer le droit de conduire. Même ce droit est réglementé par les dispositions des lois provinciales sur la circulation et par le *Code criminel*. Si le droit de conduire ne peut être exercé que par les titulaires

society can ensure that this requirement is met by all who drive. This same requirement is embodied in many statutes which seek to regulate other activities and products which raise concerns for the safety of others. See, for example, other acts of the Province of Ontario, such as the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1980, c. 182, s. 14, and the *Motorized Snow Vehicles Act*, R.S.O. 1980, c. 301, s. 15a, where random stops are allowed without articulable cause. This is also true of Acts regulating environmental protection, farm products, off-road vehicles and potential violators of tobacco and fuel taxes. Licensed activities must be carried out exclusively by licence holders who have demonstrated their competence and their willingness to comply with the fair and reasonable guidelines and requirements that govern all licence holders. There would be no point to requiring licences for those who engage in activities that are potentially dangerous and require a demonstrated degree of skill if there was no means of ensuring that a driver holds a valid licence.

Le Dain J. held in *Hufsky, supra*, at pp. 636-37 that "The nature and degree of the intrusion of a random stop for the purposes of the spot check procedure in the present case . . . is proportionate to the purpose to be served." This observation is equally applicable to the routine check made in this case. These stops are and must be of relatively short duration, requiring the production of only a few documents. There is a minimal inconvenience caused to the driver. The Canada Police Information Centre (C.P.I.C.) data system accessible to police officers from their police cars ensures the speed and reliability of the process. The driver generally is questioned in his or her own vehicle or at worst, when there is an infraction, in the police cruiser. There is seldom a need to bring the driver to the police station. Nor is there usually a need for intrusive searches of the driver or the vehicle. If they were intrusive, they would probably be subject to challenge as infringing s. 8 of the *Charter*. The routine check impairs the s. 9 guar-

de permis, il doit alors y avoir une méthode qui permette à la société de veiller à ce que cette exigence soit respectée par tous les conducteurs. Cette même exigence se retrouve dans un grand nombre de lois qui visent à réglementer d'autres activités et d'autres produits qui suscitent des craintes pour la sécurité d'autrui. Voir par exemple, d'autres lois de la province de l'Ontario comme la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1980, ch. 182, art. 14, et la *Loi sur les motoneiges*, L.R.O. 1980, ch. 301, art. 15a, en vertu desquelles il est permis d'effectuer des interpellations au hasard sans motif précis. C'est également le cas des lois qui régissent la protection de l'environnement, les produits de la ferme, les véhicules tout terrain et les éventuels contrevenants aux taxes sur le tabac et les carburants. Les activités autorisées doivent être exercées exclusivement par les titulaires de permis qui ont démontré leur compétence et leur volonté de se conformer aux directives et aux exigences justes et raisonnables qui régissent tous les titulaires de permis. Il serait inutile d'exiger des permis pour ceux qui exercent des activités qui peuvent être dangereuses et qui exigent un degré de compétence prouvé s'il n'y avait aucun moyen de s'assurer qu'un conducteur détient un permis valide.

Le juge Le Dain a conclu dans l'arrêt *Hufsky*, précité, aux pp. 636 et 637 que «De par sa nature et son degré, l'intrusion que représente l'arrêt au hasard effectué afin de procéder à un contrôle routier ponctuel en l'espèce [...] est proportionnelle à la fin recherchée.» Cette remarque s'applique également à la vérification de routine effectuée en l'espèce. Ces interpellations sont et doivent être relativement brèves et n'exigent la présentation que de quelques documents. L'inconvénient causé au conducteur est minime. Le système de données du Centre d'information de la police canadienne (C.I.P.C.) auquel ont accès les agents de police à partir de leur voiture assure la rapidité et la fiabilité du processus. Le conducteur est généralement interrogé dans sa voiture ou au pire, lorsqu'il a commis une infraction, dans la voiture de police. Il est rarement nécessaire d'amener le conducteur au poste de police. Habituellement, il n'est pas nécessaire non plus d'effectuer une fouille poussée du conducteur ou du véhicule. S'il y avait

antee against arbitrary detention as little as possible.

Finally, it must be shown that the routine check does not so severely trench upon the s. 9 right so as to outweigh the legislative objective. The concern at this stage is the perceived potential for abuse of this power by law enforcement officials. In my opinion, these fears are unfounded. There are mechanisms already in place which prevent abuse. Officers can stop persons only for legal reasons, in this case reasons related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, the sobriety of the driver and the mechanical fitness of the vehicle. Once stopped the only questions that may justifiably be asked are those related to driving offences. Any further, more intrusive procedures could only be undertaken based upon reasonable and probable grounds. Where a stop is found to be unlawful, the evidence from the stop could well be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

There is, as well, ample evidence that similar powers have been legislatively conferred upon police officers in other free and democratic societies regarding the stopping of motor vehicles. See, for example, the provisions in force in the United Kingdom, in the various states in Australia and in New Zealand which lend further support to the proposition that the legislation is not too broad in its scope: *Road Traffic Act, 1972* (U.K.), c. 20, s. 159; *Transport Act, 1962* (New Zealand), No. 135, s. 66; *Road Traffic Act, 1961* (South Australia), No. 50, s. 42; *Traffic Ordinances, 1949-59* (Northern Territory), ss. 46, 48 and 55; *Road Traffic Act, 1974-1982*, (Western Australia), s. 53; *Motor Traffic Acts, 1909-1957* (New South Wales), s. 5(1); *Motor Car Act, 1958* (Victoria), ss. 22, 29 and 40; and *Traffic Act, 1949-1988* (Queensland), ss. 35 and 39.

fouille poussée, elle pourrait probablement faire l'objet de contestation comme portant atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. La vérification de routine porte le moins possible atteinte à la garantie de l'art. 9 contre la détention arbitraire.

Enfin, il faut démontrer que la vérification de routine ne porte pas atteinte gravement au droit garanti par l'art. 9 au point de l'emporter sur l'objectif législatif. Ce qui nous préoccupe à ce stade-ci, c'est la perception du risque d'abus de ce pouvoir par les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi. À mon avis, ces craintes ne sont pas fondées. Il y a déjà des mécanismes en place pour empêcher les abus. Les policiers ne peuvent interpellier des personnes que pour des motifs fondés sur la loi, en l'espèce des motifs relatifs à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances et de la sobriété du conducteur ainsi que de l'état mécanique du véhicule. Lorsque l'interpellation est effectuée, les seules questions qui peuvent être justifiées sont celles qui se rapportent aux infractions en matière de circulation. Toute autre procédure plus inquisitoire ne pourrait être engagée que sur le fondement de motifs raisonnables et probables. Lorsqu'une interpellation est jugée illégale, les éléments de preuve ainsi obtenus pourraient bien être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il y a également une preuve abondante de pouvoirs similaires conférés par la loi aux agents de police dans d'autres sociétés libres et démocratiques touchant l'interception de véhicules automobiles. Voir, par exemple, les dispositions en vigueur au Royaume-Uni, dans les divers États de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, qui viennent appuyer davantage l'hypothèse selon laquelle la loi en question n'a pas une portée trop générale: *Road Traffic Act, 1972* (R.-U.), ch. 20, art. 159; *Transport Act, 1962* (Nouvelle-Zélande), n° 135, art. 66; *Road Traffic Act, 1961* (Australie-Méridionale), n° 50, art. 42; *Traffic Ordinances, 1949-59* (Territoire du Nord), art. 46, 48 et 55; *Road Traffic Act, 1974-1982* (Australie-Occidentale), art. 53; *Motor Traffic Acts, 1909-1957* (Nouvelle-Galles du Sud), par. 5(1); *Motor Car Act, 1958* (Victoria), art. 22, 29 et 40; et *Traffic Act, 1949-1988* (Queensland), art. 35 et 39.

In the result, I have concluded that routine checks are a justifiable infringement on the rights conferred by s. 9. It is interesting to observe that McRuer C.J., in his capacity as chairman of the 1968 *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, came to the same conclusion 21 years ago. At pages 730-31 of Report No. 1, vol. 2, he wrote:

It might well be that the police should have greater powers to control and investigate the use of motor vehicles on the highway. A motor vehicle is a dangerous machine. If it is not carefully used, it is a lethal one. It is a convenient vehicle for the commission of crimes of all sorts. Those who take motor vehicles on the highway have no civil right to do so. They may do so only if they hold a licence for that purpose. That requirement is no invasion of civil rights. There is no reason why anyone driving a motor vehicle while on the highway should not be required to show an officer of the law enforcement agencies that he has a licence to do so. If the police have power to question the driver of a motor vehicle for the purpose of verifying his right to drive it, the ownership of the vehicle and the name and address of the owner and driver, there would appear to be little or no need for all the drastic powers of arrest that we have been discussing.

While the concept of what may constitute a violation of civil rights may today be somewhat different, the characterization by McRuer C.J. of the nature of driving and the need to control it are just as valid today as they were then. In order to provide the proper control, society must be able to require that random stops be made without articulable cause and outside of any formal programs.

Conclusion

While the routine check is an arbitrary detention in violation of s. 9 of the *Charter*, the infringement is one that is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. As a result, s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* is a valid and constitutional legislative enactment. There is no need to read the section down as did Tarnopolsky J.A. in the Court of Appeal or to

En définitive, j'ai conclu que les vérifications de routine constituent une atteinte justifiable aux droits conférés par l'art. 9. Il est intéressant de noter que le juge en chef McRuer, à titre de président de la *Royal Commission Inquiry into Civil Rights* de 1968, est arrivé à la même conclusion il y a 21 ans. Aux pages 730 et 731 du second volume du premier rapport, il écrit:

[TRADUCTION] Il se pourrait bien que la police doive avoir des pouvoirs plus étendus pour exercer un contrôle et enquêter sur l'utilisation des véhicules automobiles sur les routes. Un véhicule automobile est une machine dangereuse qui, si elle n'est pas utilisée avec prudence, peut être mortelle. Il s'agit d'un moyen de locomotion pratique pour la perpétration de crimes de tous genres. Ceux qui conduisent des véhicules automobiles sur la route n'ont aucun droit civil de le faire. Ils ne peuvent le faire que s'ils sont titulaires d'un permis à cette fin. Cette exigence ne constitue pas une atteinte aux droits civils. Il n'y a aucune raison pour laquelle un conducteur d'un véhicule automobile sur la route ne puisse être tenu de démontrer à l'agent d'un organisme chargé d'appliquer la loi qu'il possède un permis à cette fin. Si la police a le pouvoir d'interroger le conducteur d'un véhicule automobile pour vérifier son droit de le conduire, le certificat d'immatriculation du véhicule et le nom et l'adresse du propriétaire et du conducteur, tous les pouvoirs d'arrestation draconiens dont nous avons discuté paraîtraient peu ou pas nécessaires.

Bien que le concept de ce qui peut constituer une violation des droits civils puisse être quelque peu différent de nos jours, la qualification par le juge en chef McRuer de la nature de la conduite et la nécessité de la contrôler sont aussi valides aujourd'hui qu'elles l'étaient à ce moment-là. Afin d'assurer un contrôle approprié, la société doit être en mesure d'exiger que des interpellations au hasard soient effectuées sans motif précis et en dehors de tout programme formel.

Conclusion

Bien que la vérification de routine soit une détention arbitraire contrairement à l'art. 9 de la *Charte*, l'atteinte est raisonnable et peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par conséquent, le par. 189a(1) du *Code de la route* constitue une disposition législative valide et constitutionnelle. Il n'est pas nécessaire de donner à l'article une interprétation atténuée comme l'a

qualify it in any way. Having come to this result, it is not necessary to deal with the arguments raised under s. 24(2).

The answers to the constitutional questions posed are:

1. Is section 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, as amended by s. 2 of the *Highway Traffic Amendment Act*, 1981 (No. 3), S.O. 1981, c. 72, inconsistent with ss. 7, 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it authorizes the random stop of a motor vehicle and its driver by a police officer acting without any reasonable grounds or other articulable cause to believe that an offence has been committed, when such stop is not part of an organized procedure such as the R.I.D.E. programme?

Answer: Section 189a(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198 as amended by s. 2 of the *Highway Traffic Amendment Act*, 1981 (No. 3), S.O. 1981, c. 72, is not inconsistent with ss. 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but is inconsistent with s. 9.

2. If the answer to question 1 lies in the affirmative, can s. 189a(1) of the *Highway Traffic Act* be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: Section 189a(1) of the *Highway Traffic Act* can be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.

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

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

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

fait le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ni d'en restreindre la portée d'aucune façon. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter des arguments fondés sur le par. 24(2).

Voici les réponses aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, modifié par l'art. 2 de la *Loi de 1981 modifiant le Code de la route* (n° 3), L.O. 1981, ch. 72, est-il incompatible avec les art. 7, 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise l'interception au hasard d'un véhicule à moteur et de son conducteur par un agent de police qui n'a aucun motif raisonnable ni aucun autre motif précis de croire qu'une infraction a été commise, lorsque cette interception ne fait pas partie d'une procédure structurée comme le programme R.I.D.E.?

Réponse: Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1980, ch. 198, modifié par l'art. 2 de la *Loi de 1981 modifiant le Code de la route* (n° 3), L.O. 1981, ch. 72, n'est pas incompatible avec les art. 7 ou 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais est incompatible avec l'art. 9.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 189a(1) du *Code de la route* est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route* est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Morris Manning, Toronto.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

LIBRARY - COUR SUPRÊME DU CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Part 7, 1990 Vol. 1

and

Tables

Cited as [1990] 1 S.C.R. { i-lvi
1291-1463

7^e cahier, 1990 Vol. 1

et

Tables

Renvoi [1990] 1 R.C.S. { i-lvi
1291-1463

Published pursuant to the Supreme Court Act by

The Registrar, Supreme Court of Canada

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

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1990.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xv
Table of Cases Cited	xxiii
Statutes and Regulations Cited	xli
Authors Cited	xlix
Index	1445

Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court 1330

Labour relations — Union — Duty of representation — Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed — Whether union breached its duty of representation — Limits on union discretion to take grievance to arbitration — Scope of Labour Court's power of redress where union breaches its duty of representation — Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

Registraire de la Cour suprême du Canada

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

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

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xix
Table de la jurisprudence	xxiii
Lois et règlements cités	xliv
Doctrine citée	xlix
Index	1455

Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail 1330

Relations de travail — Syndicat — Devoir de représentation — Désistement par le syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la suite d'une entente globale de règlement de griefs à l'occasion du renouvellement de la convention collective — Le syndicat a-t-il manqué à son devoir de représentation? — Limites à la discrétion d'un syndicat de poursuivre ou non un grief à l'arbitrage — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail en cas de manquement par le syndicat à son devoir de représentation — Interpretation des art. 47.2 à 47.6 du Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Labour relations — Labour Court — Jurisdiction — Scope of Labour Court's power of redress — Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed — Breach by union of its duty of representation — Whether Labour Court exceeded its jurisdiction by referring employee's claim to arbitration — Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057 1298

Courts — Jurisdiction — Provincial superior court — Labour relations — Duty of fair representation — Employee commencing action in provincial superior court alleging breach by union of its duty of fair representation — Whether superior court had jurisdiction under the Canada Labour Code to entertain employee's claim — Principles governing duty of fair representation — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 122, 136.1.

R. v. Wilson 1291

Constitutional law — Charter of Rights — Traffic checks occurring outside of program for checking vehicles but within a certain informal pattern — Statute requiring motorist to give specified information to officer on being stopped — Driver stopped near hotel shortly after closing — Driver found to be impaired — Whether or not stop authorized by statute — Whether or not traffic check violating s. 9 of the Charter — If so, whether or not saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

Starr v. Houlden 1366

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Provincial inquiry into allegations of political corruption — Terms of reference naming specific private individuals — Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing — Whether or not inquiry as framed falling within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Provincial inquiry into allegations of political corruption — Terms of reference naming specific private individuals — Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing — Whether or not infringement of ss. 7 to 14 of the Charter — If so, whether or not infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

SOMMAIRE (Fin)

Relations de travail — Tribunal du travail — Compétence — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail — Désistement par le syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la suite d'une entente globale de règlement des griefs à l'occasion du renouvellement de la convention collective — Manquement du syndicat à son devoir de représentation — Le Tribunal du travail a-t-il excédé sa compétence en déférant à l'arbitrage la réclamation du salarié? — Interprétation des art. 47.2 à 47.6 du Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057 1298

Tribunaux — Compétence — Cour supérieure d'une province — Relations de travail — Devoir de juste représentation — Action d'un employé intentée en cour supérieure d'une province alléguant un manquement du syndicat à son devoir de juste représentation — La cour supérieure avait-elle compétence en vertu du Code canadien du travail pour entendre la réclamation de l'employé? — Principes régissant le devoir de juste représentation — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 122, 136.1.

R. c. Wilson 1291

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vérifications effectuées sur les routes en dehors d'un programme de vérification de véhicules mais selon une certaine façon informelle de procéder — Loi exigeant que le conducteur fournisse certains renseignements à l'agent lorsqu'il est interpellé — Conducteur interpellé près d'un hôtel peu après l'heure de fermeture — Conducteur trouvé en état d'ébriété — L'interpellation est-elle autorisée par la loi? — La vérification effectuée sur la route viole-t-elle l'art. 9 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle sauvegardée par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

Starr c. Houlden 1366

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique — Mandat désignant nommément des particuliers — Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel — L'enquête instituée relève-t-elle de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique — Mandat désignant nommément des particuliers — Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel — Y a-t-il violation des art. 7 à 14 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.



1990 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.
Registrar of the Court

Deputy Registrar & Chief Law Editor
Anne Roland, LL.L.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secretaries
Carole Loiselle
Denise Jackson

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
Anne Roland, LL.L.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secrétaires
Carole Loiselle
Denise Jackson

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DE CARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

ERRATA

- [1985] 2 S.C.R. p. 410, line *g*-1 of the English version. Read “exchange of solemn” instead of “exchange to solemn”.
- [1988] 2 S.C.R. p. 979, line *d*-1 of the English version. Read “set aside the conviction of the appellant, order a new trial and enter a stay of proceedings” instead of “set aside the conviction of the appellant and enter a stay of proceedings”.
- [1990] 1 S.C.R. p. 334, line *h*-5 of the English version. Read “the criteria for independence are not absence of influence” instead of “the criteria for independence is not absence of influence”.
- [1990] 1 S.C.R. p. 609, line *e*-3 of the English version. Read “s. 45(2)” instead of “s. 44(2)”.
- [1990] 1 S.C.R. p. 609, line *e*-5 of the French version. Read “par. 45(2)” instead of “par. 44(2)”.
- [1990] 1 S.C.R. p. 901 line *e*-5 of the French version. Read “ch. W-9” instead of “ch. W-19”.
- [1985] 2 R.C.S. p. 410, ligne *g*-1 de la version anglaise. Lire «exchange of solemn» au lieu de «exchange to solemn».
- [1988] 2 R.C.S. p. 979, ligne *d*-1 de la version anglaise. Lire «set aside the conviction of the appellant, order a new trial and enter a stay of proceedings» au lieu de «set aside the conviction of the appellant and enter a stay of proceedings».
- [1990] 1 R.C.S. p. 334, ligne *h*-5 de la version anglaise. Lire «the criteria for independence are not absence of influence» au lieu de «the criteria for independence is not absence of influence».
- [1990] 1 R.C.S. p. 609, ligne *e*-3 de la version anglaise. Lire «s. 45(2)» au lieu de «s. 44(2)».
- [1990] 1 R.C.S. p. 609, ligne *e*-5 de la version française. Lire «par. 45(2)» au lieu de «par. 44(2)».
- [1990] 1 R.C.S. p. 901, ligne *e*-5 de la version française. Lire «ch. W-9» au lieu de «ch. W-19».

MOTIONS—REQUÊTES

- 116704 Canada Inc. c. 113500 Canada Inc.* (Qué.), 21805, leave to appeal refused with costs, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 2626-0752 Québec Inc. c. St-Marseille* (Qué.), 21795, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A, B, C c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21753, leave to appeal granted, 11.1.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospital Board* (Alta.), 21775, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Allarcom Ltd. v. Canwest Broadcasting Corporation* (B.C.), 21658, leave to appeal refused with costs, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allard c. Ferguson* (Qué.), 21745, leave to appeal refused with costs, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Amico v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21596, leave to appeal refused, 8.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Assessor for the City of Winnipeg v. Grant Park Ventures Inc.* (Man.), 21849, leave to appeal refused with costs, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assessor of Area #12—Coquitlam and Assessor of Area #10—New Westminster v. Petro-Canada Inc.* (B.C.), 21739, leave to appeal refused with costs, 3.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assessor of Area #22—East Kootenay v. Galloway Lumber Co.* (B.C.), 21740, leave to appeal refused with costs, 3.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Auberge des Pins Inc. c. Constitution Assurance Co.* (Qué.), 21771, leave to appeal refused with costs, 22.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B. (D. E.) v. R. (A.)* (N.S.), 21785, leave to appeal refused with costs, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Babcock v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21810, leave to appeal refused, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Bank of Montreal c. Commission hydroélectrique du Québec (Hydro-Québec)* (Qué.), 21748, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard-Robitaille* (Qué.), 21799, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bennett v. Carpenter* (B.C.), 21707, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bernstein c. La Reine du chef du Canada* (Qué.), 21411, notice of discontinuance filed, 20.2.90, avis de désistement produit.
- Board of Governors of the Toronto Stock Exchange v. Chalmers* (Ont.), 21710, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boyle v. The Queen* (Ont.), 20766, notice of discontinuance filed, 24.1.90, avis de désistement produit.
- Brosseau v. Brosseau* (Alta.), 21730, leave to appeal refused with costs, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21855, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Byrne c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21669, leave to appeal refused, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- CAE Aircraft Ltd. v. Canadian Commercial Corporation* (Man.), 21789, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- CNA Assurance Co. v. Altobelli* (Ont.), 21582, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Cadden v. The Queen* (B.C.), 21302, notice of discontinuance filed, 3.1.90, avis de désistement produit.
- Calgary (City of) v. Costello* (Alta.), 21643, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Camp Hill Hospital v. Camp Hill Hospital Local of the Nova Scotia Nurses' Union* (N.S.), 21812, leave to appeal refused with costs, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Safeway Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21735, leave to appeal refused, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Newspapers Ltd. v. Corporation of the City of Victoria* (B.C.), 21281, notice of discontinuance filed, 18.4.90, avis de désistement produit.
- Canadian Newspapers Ltd. v. Teskey* (Ont.), 21603, leave to appeal refused with costs, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. National Transportation Agency* (F.C.A.)(Alta.), 21742, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canalands Energy Corporation v. L. K. Oil & Gas Ltd.* (Alta.), 21661, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.* (B.C.), 21672, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Carpenter v. William E. Thomson Associates Inc.* (Ont.), 21670, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carrières Rive-Sud Inc. c. Ville de Boucherville* (Qué.), 21835, leave to appeal refused with costs, 26.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Catre Industries Ltd. v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 21711, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Charron c. Dutil* (Crim.)(Qué.), 21731, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Chartrand c. La Reine* (Crim.)(Alta.), 20768, leave to appeal refused, 30.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Chevrette c. Lapointe* (Qué.), 21697, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Commission des affaires sociales c. Tremblay* (Qué.), 21651, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Communities Economic Development Fund v. Maxwell* (Man.), 21816, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Comptoir chez Raymond Inc. c. Re/Max Fleur de Lys Inc.* (Qué.), 21848, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Construction D. Leblanc Inc. c. Commission des écoles catholiques de Verdun* (Qué.), 21674, leave to appeal refused with costs, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Constructions Scarman Ltée v. Geddes Contracting Co.* (B.C.), 21657, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corcoran v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21902, leave to appeal granted, 28.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Corporate Properties Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (Ont.), 21794, leave to appeal refused with costs, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation municipale de Haute-Mauricie c. Gaz Intercité Québec Inc.* (Qué.), 21800, leave to appeal refused with costs, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the town of Vaughan v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 21819, leave to appeal refused with costs, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Cubatex Canada Ltée c. Sous-ministre national du revenu* (Crim.)(Qué.), 21448, leave to appeal refused with costs, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 21675, leave to appeal granted, 22.2.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Cyprus Anvil Mining Corp. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 21824, leave to appeal refused with costs, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Delesie v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Crim.)(Ont.), 21615, leave to appeal refused with costs, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dhindsa v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21776, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Diakouloukas v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21636, leave to appeal refused, 8.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Dicorp Operations Ltd. v. Suncor Inc. Resources Group, Oil Sands Division* (Alta.), 20603, notice of discontinuance filed, 25.1.90, avis de désistement produit.
- Docherty v. Beckett* (Ont.), 21607, leave to appeal refused with costs, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dominion of Canada General Insurance Co. v. Ford* (Man.), 21821, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Dovak v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21823, leave to appeal refused, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Downey v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21874, leave to appeal granted, 28.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Edward v. Neiman* (Ont.), 21696, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ellsworth c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21242, leave to appeal refused, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Elshaw v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21614, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Entreprises Bon Conseil Ltée c. Office de la construction du Québec* (Qué.), 21714, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Entreprises Labler Inc. c. Oeuvs Trois-Rivières Ltée* (Qué.), 21841, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Équipements Lorac Ltée c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 21741, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Evans v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21375, leave to appeal granted, 21.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Fisher v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21551, leave to appeal refused, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Fitzgibbon v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21864, leave to appeal refused, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Forster v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21624, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Foster v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21632, leave to appeal refused, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- French v. Tronrud* (Man.), 21809, leave to appeal refused with costs, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Furtney v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21759, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Gallant v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21679, leave to appeal refused, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Gazdeczka v. Gazdeczka* (B.C.), 21832, leave to appeal refused with costs, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Glazer c. Ville de Hull* (Qué.), 21715, leave to appeal refused with costs, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gochanour v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21804, leave to appeal refused, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Groupe Commerce Compagnie d'Assurance c. 133294 Canada Inc.* (Qué.), 21790, leave to appeal refused with costs, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- H. v. H.* (Ont.), 21817, leave to appeal refused, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Halifax Developments Ltd. v. Sutton* (N.S.), 21783, leave to appeal refused with costs, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Henley c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21703, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Henuset v. CRC-Evans Pipeline International Ltd.* (Alta.), 21723, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hippodrome Blue Bonnets Inc. c. Ville de Montréal* (Qué.), 21828, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hôpital Le Gardeur c. Imbeault-Lapointe* (Qué.), 21698, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Horsman v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21699, leave to appeal refused, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Horsemen's Benevolent and Protective Association v. Alberta Racing Commission* (Alta.), 21793, leave to appeal refused with costs, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 21747, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hull Wrightville Rembourseur Inc. c. Ville de Hull* (Qué.), 21729, leave to appeal refused with costs, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hyrnewich Holdings Ltd. v. Bank of Montreal* (Sask.), 21665, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Inter-American Holdings Ltd. v. Skog* (B.C.), 21727, leave to appeal refused with costs, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Intergrated Building Corporation Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (Alta.), 21688, leave to appeal refused with costs, 14.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- International Citrus of Canada Inc. v. Agricola* (Ont.), 21708, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kalin v. MacDonald* (Alta.), 21856, leave to appeal refused with costs, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kalin v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21857, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Kingsdale Securities Co. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(Man.), 13774, notice of discontinuance filed, 18.6.90, avis de désistement produit.
- Kitchen v. McMullen* (N.B.), 21701, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klein v. Kaip* (Sask.), 21677, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Langlois v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Ont.), 21544, notice of discontinuance filed, 5.4.90, avis de désistement produit.
- Larivière c. Placements Bourget Inc.* (Qué.), 21801, leave to appeal refused with costs, 22.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laval (Ville de) v. Avrith* (Qué.), 21716, leave to appeal granted, 7.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Leiriao c. Corporation municipale de la ville de Val-Bélair* (Qué.), 21755, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.

- Lemus v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 21635, leave to appeal refused, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Lippens Inc. v. Westfair Foods Ltd.* (Man.), 21766, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lizotte c. Gagnon* (Qué.), 21888, leave to appeal refused, 23.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Longeway v. Longeway* (Alta.), 21612, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lubovac v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21678, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Maier v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21807, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Malcolm v. Waldick* (Ont.), 21781, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.* (Man.), 21743, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Maroist c. Banque de Montréal* (Qué.), 21791, leave to appeal refused with costs, 22.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marshall v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21787, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Mayrand c. Gingras* (Qué.), 21738, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McArthur v. Taylor* (Alta.), 21876, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McCarthy v. Worker's Compensation Board* (N.B.), 21559, leave to appeal refused, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- McCaul v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21634, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- McDonald v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21630, leave to appeal refused, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Métropolitaine, Compagnie d'assurance-vie c. Frénette* (Qué.), 21765, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (Man.), 21746, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (Ont.), 21784, leave to appeal refused with costs, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Milelli v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21691, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moghbel c. Canadian Human Rights Commission* (C.A.F.)(Qué.), 21680, leave to appeal refused with costs, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrell-Curry v. Burke* (N.S.), 21796, leave to appeal refused with costs, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow c. Royal Victoria Hospital* (Qué.), 21797, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Multitech Warehouse Direct (Ontario) Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21761, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Nash v. Clark* (B.C.), 21660, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Natte v. Van Rheeden* (N.B.), 21601, leave to appeal refused, 22.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Nelson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21736, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Nenadic v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21773, leave to appeal refused, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (Alta.), 21798, leave to appeal refused with costs, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Bomsawin c. Roussel* (Crim.)(Qué.), 21706, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Ontario Human Rights Commission v. Zurich Insurance Co.* (Ont.), 21737, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee* (Man.), 21671, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Pearson c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21768, notice of discontinuance filed, 30.4.90, avis de désistement produit.
- Pépinière de l'ouest de l'Île Inc. c. Ville de Pierrefonds* (Qué.), 21839, leave to appeal refused, 18.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Pilot Insurance Co. v. Altobelli* (Ont.), 21584, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Prior v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 21709, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Alliance des professeurs de Montréal* (Qué.), 19494, notice of discontinuance filed, 15.1.90, avis de désistement produit.
- Procureur général du Québec c. Sinclair* (Qué.), 21762, leave to appeal granted, 22.1.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Purmasir v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21757, leave to appeal refused, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Ashberry* (Crim.)(Ont.), 21416, leave to appeal refused, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Carpenter* (Crim.)(Alta.), 21754, leave to appeal refused, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Chan* (Crim.)(Alta.), 21756, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. E. T.* (Crim.)(B.C.), 21815, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Ewart* (Crim.)(Alta.), 21851, leave to appeal refused, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Goltz* (Crim.)(B.C.), 21826, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Grant* (Crim.)(P.E.I.), 21825, leave to appeal granted, 7.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Leduc* (Crim.)(Ont.), 21568, leave to appeal refused, 8.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Marceau* (Crim.)(Qué.), 21767, leave to appeal refused, 22.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Ruff* (Crim.)(Alta.), 21840, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Wholesale Travel Group Inc.* (Crim.)(Ont.), 21786, leave to appeal granted, 26.2.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Reddick v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 21625, leave to appeal granted, 22.1.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Reimer Express Lines Ltd. v. Lindsay* (Man.), 21668, leave to appeal refused, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Rendall v. Ewert* (B.C.), 21628, leave to appeal refused, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Restaurant et Charcuterie Ben's Inc. c. Courchesne* (Qué.), 21846, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Richman v. Wheaton* (Ont.), 21722, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ringrose v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21788, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Rizmi Holdings Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 21718, leave to appeal refused with costs, 21.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roberts v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 21633, leave to appeal refused, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Robertson v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 21837, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosemex Inc. c. Banque de Montréal* (Qué.), 21858, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roy Cooke Investments Inc. v. Schenker of Canada Ltd.* (Ont.), 21610, leave to appeal refused with costs, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Insurance Co. of Canada v. Callaghan Contracting Ltd.* (N.B.), 21621, leave to appeal refused with costs, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Insurance Co. of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool* (Sask.), 21774, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- S. c. M.* (Qué.), 21752, leave to appeal refused, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Sablières Laurentiennes Ltée c. Ville de Sainte-Adèle* (Qué.), 21744, leave to appeal refused with costs, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sainaney v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21802, leave to appeal refused, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Saini v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21692, leave to appeal refused, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Saint John Shipbuilding Ltd. v. Snyders* (N.B.), 21685, leave to appeal refused with costs, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saugeen Indian Band v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(P.E.I.), 21712, leave to appeal refused with costs, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21667, leave to appeal refused, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Service de santé du Québec c. Communauté urbaine de Québec Ville de Sainte-Foy* (Qué.), 21733, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Shaw v. Shaw* (Alta.), 21750, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sherwood Credit Union v. Thorne, Ernst & Whinney Inc.* (Sask.), 21866, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simlote v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 21676, leave to appeal refused with costs, 25.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sinclair v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21772, leave to appeal refused, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21867, leave to appeal refused, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Snowbird v. The Queen* (Crim.)(Man.), 21694, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Sobeys Inc. (formerly Sobeys Stores Ltd.) v. Yeomans* (N.S.), 21782, leave to appeal refused with costs, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* (Crim.)(N.-B.), 21827, leave to appeal granted, 28.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Société nationale de fiducie* (Qué.), 21842, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Southam Inc. c. Lafrance* (Qué.), 21764, leave to appeal refused with costs, 22.1.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Starr v. Houlden* (Crim.)(Ont.), 21777, leave to appeal granted, 26.1.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Stephanishin v. Becic* (B.C.), 21693, leave to appeal refused with costs, 29.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stouten v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21689, leave to appeal refused, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Sun v. Mainse* (B.C.), 21560, notice of discontinuance filed, 27.2.90, avis de désistement produit.

- Surrey Credit Union Ltd. v. Northland Bank* (Man.), 21877, leave to appeal refused with costs, 31.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sychuk v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21843, leave to appeal refused, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des services essentiels* (Qué.), 21726, leave to appeal refused with costs, 8.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des professionnels et professionnelles du réseau scolaire du Québec c. Commission scolaire de la Mitis* (Qué.), 21792, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Chicoutimi c. Hôpital de Chicoutimi Inc.* (Qué.), 21945, leave to appeal refused with costs, 18.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. Caisse populaire d'Outremont* (Qué.), 21806, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tatomir v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21713, leave to appeal refused, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Taylor v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21550, leave to appeal refused, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Temple v. Hallem* (Man.), 21717, leave to appeal refused, 15.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Thiessen v. Manitoba Public Insurance Corporation* (Man.), 21872, leave to appeal refused, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Thomas v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21758, leave to appeal refused, 5.4.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Transalta Utilities Corporation v. MacTaggart* (Alta.), 21770, leave to appeal refused with costs, 17.5.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Travellers Indemnity Company of Canada v. Maracle* (Ont.), 21725, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Tremblay (Gilles) c. Commission hydroélectrique du Québec* (Hydro-Québec) (Qué.), 21749, leave to appeal granted, 12.4.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Tremblay (Noemie) c. Commission des affaires sociales* (Qué.), 21651, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Trust général du Canada c. Compagnie du Trust national Ltée* (Qué.), 21814, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trust général du Canada c. Placements Racine Inc.* (Qué.), 21653, leave to appeal refused with costs, 1.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turgeon c. Bédard* (Qué.), 21687, leave to appeal refused with costs, 22.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United States of America v. McVey* (Crim.)(B.C.), 21751, leave to appeal granted, 8.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- United States of America v. Public Service Alliance of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 21641, leave to appeal granted, 1.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Vaillancourt v. Attorney General for Ontario* (Crim.)(Ont.), 21631, leave to appeal refused, 18.1.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Van Vliet v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21258, leave to appeal refused, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Vickery v. Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia* (Crim.)(N.S.), 21598, leave to appeal granted, 14.6.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Vojic v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 21513, leave to appeal refused, 8.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Voyer c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 21683, leave to appeal refused, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée.

- Warden of Mountain Institution v. Steele* (Crim.)(B.C.), 21878, leave to appeal granted, 30.3.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Wascana Hospital v. Saskatchewan Government Employees Union* (Sask.), 21037, notice of discontinuance filed, 16.2.90, avis de désistement produit.
- Watts v. Hongkong Bank of Canada* (B.C.), 21887, leave to appeal refused with costs, 23.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weinberg v. Giannone* (Ont.), 21573, leave to appeal refused, 8.2.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Weitzman v. Hendin* (Ont.), 21656, leave to appeal refused with costs, 22.2.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- West v. North West Trust Co.* (Alta.), 21728, leave to appeal refused with costs, 15.3.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Western Earth Moving Ltd. v. Government of the province of Saskatchewan* (Sask.), 21834, leave to appeal refused with costs, 26.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wholesale Travel Group Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21779, leave to appeal granted, 26.2.90, autorisation de pourvoi accordée.
- Willann Investments Ltd. v. Rolling* (Ont.), 21695, notice of discontinuance filed, 8.2.90, avis de désistement produit.
- Wolynec v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21681, leave to appeal refused, 10.5.90, autorisation de pourvoi refusée.
- Wood v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21829, leave to appeal refused, 28.6.90, autorisation de pourvoi refusée.
- World Wide Oil & Gas (Western) Ltd. v. Canadian Superior Oil Ltd.* (Alta.), 21884, leave to appeal refused with costs, 14.6.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zelesen c. Giltan* (Qué.), 21732, leave to appeal refused with costs, 12.4.90, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
A, R. v.	995	Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court....	1330
A, R. v. (Order)	992	Centre hospitalier Régina Ltée v. Prud’homme and the Labour Court.....	1330
Albert, Quebec (Attorney General) v.	260	Cloutier v. Langlois	158
Alberta, Mahe v.	342	Collier, Quebec (Attorney General) v.	260
American Home Assurance Co., Nichols v.	801	Commission see also “Canada” or the name of province	
Anderson, R. v.	265	Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., IWA v.	282
Attorney General see also “Canada” or the name of province			
B		D	
B. (C.R.), R. v.	717	D’Amours, R. v.	115
Bank of Montreal v. Hall	121	Delafosse, R. v.	114
Bloomer, Ratyck v.	940	De Vries, R. v.	1020
Bolianatz, R. v.	847	Duarte, R. v.	30
British Columbia v. Oregon Jack Creek Indian Band (Motion)	117	Dumont v. Canada (Attorney General).....	279
British Reserve Insurance Co., C.C.R. Fishing Ltd. v.	814	Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.	705
Brown, R. v.	264	E	
Brunet, Quebec (Attorney General) v.	260	Ellis-Don Ltd., Kerrybrooke Development Ltd. v. .	275
Brydges, R. v.	190	F	
C		G	
C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.	814	Fitzgibbon, R. v.	1005
Canada (Attorney General), Dumont v.	279	G	
Canada (Attorney General), Stelco Inc. v.	617	Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057	1298
Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), Thomson Newspapers Ltd. v.	425	Greffe, R. v.	755
Canada, Rudolf Wolff & Co. v.	695		
Canadian National Railway Co., Oregon Jack Creek Indian Band v. (Motion)	117		

	PAGE		PAGE
H		O	
Hall, Bank of Montreal v.	121	Office see also "Canada" or the name of province	
Hicks, R. v.	120	Oregon Jack Creek Indian Band, British	
Horseman, R. v.	901	Columbia v. (Motion)	117
Houlden, Starr v.	1366	Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian	
		National Railway Co. (Motion)	117
I		P	
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	282	Prud'homme and the Labour Court, Centre hos-	
Indian Head School Division No. 19, Knight v.	653	pitalier Régina Ltée v.	1330
		Publications Photo-Police Inc., Quebec (Attorney	
		General) v.	851
J		Q	
Jaworski, R. v.	992, 995	Quebec (Attorney General) v. Albert	260
		Quebec (Attorney General) v. Brunet	260
		Quebec (Attorney General) v. Collier	260
		Quebec (Attorney General) v. Publications Photo-	
		Police Inc.	851
		Queen see also "R."	
K		R	
Kerrybrooke Development Ltd. v. Ellis-Don Ltd. .	275	R. v. A.	995
Knight v. Indian Head School Division No. 19	653	R. v. A (Order)	992
		R. v. Anderson	265
		R. v. B. (C.R.)	717
		R. v. Bolianatz	847
		R. v. Brown	264
		R. v. Brydges	190
		R. v. D'Amours	115
		R. v. Delafosse	114
		R. v. De Vries	1020
		R. v. Duarte	30
		R. v. Fitzgibbon	1005
		R. v. Greffe	755
		R. v. Hicks	120
		R. v. Horseman	901
		R. v. Jaworski	992, 995
		R. v. Ladouceur	1257
		R. v. Lavallée	852
		R. v. McKinlay Transport Ltd.	627
		R. v. Rooke	1020
L			
Labour Court, Centre hospitalier Régina Ltée v. .	1330		
Ladouceur, R. v.	1257		
Langlois, Cloutier v.	158		
Lavallée, R. v.	852		
M			
Madill, Robitaille v.	985		
Mahe v. Alberta	342		
McKinlay Transport Ltd., R. v.	627		
Messervey, Reekie v. (Motion)	219		
Minister see also "Canada" or the name of prov-			
ince			
N			
Nichols v. American Home Assurance Co.	801		

	PAGE		PAGE
R. v. Saunders	1020	Starr v. Houlden	1366
R. v. Schmautz	398	Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)	617
R. v. Selhi	277	Storrey, R. v.	241
R. v. Shubley	3	Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057, Gendron v.	1298
R. v. Sioui	1025	Suren, R. v.	849
R. v. Skinner	1235		
R. v. Smith (Dexter Anthony)	991	T	
R. v. Sparrow	1075	The Queen see also "R."	
R. v. Stagnitta	1226	Thomas, R. v. (Application)	713
R. v. Storrey	241	Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	425
R. v. Suren	849		
R. v. Thomas (Application)	713	U	
R. v. Van Rassel	225	Union see also under abbreviated name	
R. v. Wallen	827		
R. v. Wiggins	62	V	
R. v. Wilson	1291	Van Rassel, R. v.	225
Ratyeh v. Bloomer	940		
Rawluk v. Rawluk	70	W	
Reekie v. Messervey (Motion)	219	Wallen, R. v.	827
Reekie v. Reekie (Motion)	219	Wiggins, R. v.	62
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Crimi- nal Code (Man.)	1123	Wilson, R. v.	1291
Reference re Criminal Code (Man.), ss. 193 and 195.1((1)(c)	1123		
Robitaille v. Madill	985	Z	
Rooke, R. v.	1020	Zutphen Brothers Construction Ltd., Dywidag Systems International, Canada Ltd. v.	705
Rudolf Wolff & Co. v. Canada	695		
S			
Saunders, R. v.	1020		
Schmautz, R. v.	398		
Selhi, R. v.	277		
Shubley, R. v.	3		
Sioui, R. v.	1025		
Skinner, R. v.	1235		
Smith (Dexter Anthony) R. v.	991		
Sparrow, R. v.	1075		
Stagnitta, R. v.	1226		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
A, R. c.	995	Centre hospitalier Régina Ltée c. Prudhomme et le Tribunal du travail.....	1330
A, R. c. (Ordonnance).....	992	Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du Travail	1330
Albert, Québec (Procureur général) c.	260	Cloutier c. Langlois	158
Alberta, Mahe c.	342	Collier, Québec (Procureur général) c.	260
American Home Assurance Co., Nichols c.	801	Colombie-Britannique c. Bande indienne Oregon Jack Creek (Requête).....	117
Anderson, R. c.	265	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
		Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Bande indienne Oregon Jack Creek c. (Requête).....	117
B		Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., SITBA c. .	282
B. (C.R.), R. c.	717		
Bande indienne Oregon Jack Creek, Colombie-Britannique c. (Requête)	117	D	
Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (Requête).....	117	D'Amours, R. c.	115
Banque de Montréal c. Hall	121	Delafosse, R. c.	114
Bloomer, Ratych c.	940	De Vries, R. c.	1020
Bolianatz, R. c.	847	Duarte, R. c.	30
British Reserve Insurance Co., C.C.R. Fishing Ltd. c.	814	Dumont c. Canada (Procureur général).....	279
Brown, R. c.	264	Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.	705
Brunet, Québec (Procureur général) c.	260		
Brydges, R. c.	190	E	
C		Ellis-Don Ltd., Société immobilière Kerrybrooke Ltée c.	275
C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.	814		
Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), Thomson Newspapers Ltd. c.	425	F	
Canada (Procureur général), Dumont c.	279	Fitzgibbon, R. c.	1005
Canada (Procureur général), Stelco Inc. c.	617		
Canada, Rudolf Wolff & Co. c.	695		

	PAGE		PAGE
G		N	
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	1298	Nichols c. American Home Assurance Co.	801
Greffe, R. c.	755	O	
H		Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Hall, Banque de Montréal c.	121	P	
Hicks, R. c.	120	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Horseman, R. c.	901	Prud'homme et le Tribunal du travail, Centre hospitalier Régina Ltée c.	
Houlden, Starr c.	1366	1330	
I		Publications Photo-Police Inc., Québec (Procureur général) c.	
Indian Head School Division No. 19, Knight c.	653	851	
J		Q	
Jaworksi, R. c.	992, 995	Québec (Procureur général) c. Albert	
K		260	
Knight c. Indian Head School Division No. 19		Québec (Procureur général) c. Brunet	
653	260		
L		Québec (Procureur général) c. Collier	
La Reine voir aussi «R.»		260	
Ladouceur, R. c.	1257	Québec (Procureur général) c. Publications Photo-Police Inc.	
Langlois, Cloutier c.	158	851	
Lavallée, R. c.	852	R	
M		Reine voir aussi «R.»	
Madill, Robitaille c.	985	R. c. A.	
Mahe c. Alberta	342	995	
Messervey, Reekie c. (Requête)	219	R. c. A (Ordonnance)	
McKinlay Transport Ltd., R. c.	627	992	
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Anderson	
		265	
		R. c. B. (C.R.)	
		717	
		R. c. Bolianatz	
		847	
		R. c. Brown	
		264	
		R. c. Brydges	
		190	
		R. c. D'Amours	
		115	
		R. c. Delafosse	
		114	
		R. c. De Vries	
		1020	
		R. c. Duarte	
		30	
		R. c. Fitzgibbon	
		1005	
		R. c. Greffe	
		755	
		R. c. Hicks	
		120	
		R. c. Horseman	
		901	
		R. c. Jaworski	
		992, 995	

	PAGE		PAGE
R. c. Ladouceur.....	1257	Société immobilière Kerrybrooke Ltée c. Ellis- Don Ltd.	275
R. c. Lavallée.....	852	Sparrow, R. c.	1075
R. c. McKinlay Transport Ltd.	627	Stagnitta, R. c.	1226
R. c. Rooke.....	1020	Starr c. Houlden	1366
R. c. Saunders.....	1020	Stelco Inc. c. Canada (Procureur général).....	617
R. c. Schmautz.....	398	Storrey, R. c.	241
R. c. Selhi.....	277	Suren, R. c.	849
R. c. Shubleby.....	3	Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057, Gendron c.	1298
R. c. Sioui.....	1025	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Skinner.....	1235		
R. c. Smith (Dexter Anthony).....	991	T	
R. c. Sparrow.....	1075	Thomas, R. c. (Demande).....	713
R. c. Stagnitta.....	1226	Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	425
R. c. Storrey.....	241	Tribunal du travail, Centre hospitalier Régina Ltée c.	1330
R. c. Suren.....	849		
R. c. Thomas (Demande).....	713	V	
R. c. Van Rassel.....	225	Van Rassel, R. c.	225
R. c. Wallen.....	827		
R. c. Wiggins.....	62	W	
R. c. Wilson.....	1291	Wallen, R. c.	827
Ratyck c. Bloomer.....	940	Wiggins, R. c.	62
Rawluk c. Rawluk.....	70	Wilson, R. c.	1291
Reekie c. Messervey (Requête).....	219		
Reekie c. Reekie (Requête).....	219	Z	
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	1123	Zutphen Brothers Construction Ltd., Dywidag Systems International, Canada Ltd. c.	705
Renvoi relatif du Code criminel (Man.), art. 193 et 195.1(1)c).....	1123		
Robitaille c. Madill.....	985		
Rooke, R. c.	1020		
Rudolf Wolff & Co. c. Canada.....	695		
S			
Saunders, R. c.	1020		
Schmautz, R. c.	398		
Selhi, R. c.	277		
Shubleby R. c.	3		
Sioui, R. c.	1025		
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. ...	282		
Skinner, R. c.	1235		
Smith (Dexter Anthony), R. c.	991		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Abbate v. United States	359 U.S. 187 (1959)	232
Abitibi Power & Paper Co. v. Montreal Trust Co.	[1943] A.C. 536	131
Adair v. United States	208 U.S. 161 (1908)	1165
Adams v. Federal Trade Commission	296 F.2d 861 (1961)	531
Adkins v. Children's Hospital	261 U.S. 525 (1923)	1165
Aetna Insurance Co. v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 731	565
Affaire des Décrets-lois dantzikois	C.P.I.J., avis consultatif du 4 décembre 1935, série A/B n° 65, p. 41	1151
Alberta Human Rights Commission and Alberta Blue Cross Plan, Re	(1983), 1 D.L.R. (4th) 301	506, 611, 646
Albertson v. Subversive Activities Control Board	382 U.S. 70 (1970)	475
Allgeyer v. Louisiana	165 U.S. 578 (1897)	1163
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	962
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	700
Ares v. Venner	[1970] S.C.R. 608	899
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	1003
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	962
Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838	[1985] T.T. 74	1347
Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse	[1981] 1 R.C.S. 211	671
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	145
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Taxation Reference)	[1939] A.C. 117	1403
Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co. ..	[1941] S.C.R. 87	153
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1898] A.C. 700	1098
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec	[1947] A.C. 33	145
Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation	(1984), 49 O.R. (2d) 353	1091
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	453, 509, 564, 1397
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	280, 670
Attorney General of Quebec v. Lechasseur	[1981] 2 S.C.R. 253	26

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1984] 2 S.C.R. 66.....	363
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 218.....	568, 600, 1385, 1429
Azoulay v. The Queen.....	[1952] 2 S.C.R. 495.....	66
B		
B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health.....	[1947] 2 All E.R. 395.....	300
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486..	369, 449, 536, 601, 1172, 1215
Bachiu and United Steelworkers of America, Local 1005.....	[1976] 1 Can. L.R.B.R. 431.....	1350
Bacon v. McBride.....	(1984), 6 D.L.R. (4th) 96.....	810
Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.....	[1980] 1 C.F. 518.....	1097
Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development.....	[1980] 1 F.C. 518.....	1097
Bank of Montreal v. Guaranty Silk Dyeing & Finishing Co.....	(1935), 4 D.L.R. 483.....	139
Barrett v. Nor. Lights Sch. Div. 113 Bd. of Educ.....	[1988] 3 W.W.R. 500.....	662
Bartkus v. Illinois.....	359 U.S. 121 (1959).....	232
Bassett and Government of Canada, Re.....	(1987), 35 D.L.R. (4th) 537.....	1167
Beauregard v. Canada.....	[1986] 2 S.C.R. 56.....	332
Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re.....	(1985), 51 O.R. (2d) 509.....	506, 647
Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re.....	(1984), 47 O.R. (2d) 309.....	610
Bell v. Wolfish.....	441 U.S. 520 (1979).....	779
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	1325, 1337
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	1325, 1337
Bellis v. United States.....	417 U.S. 85 (1974).....	588
Benke v. Benke.....	(1986), 4 R.F.L. (3d) 58.....	89
Bertram S. Miller Ltd. v. R.....	[1986] 3 F.C. 291.....	506
Bessell v. Wilson.....	(1853), 1 El. & Bl. 489; 118 E.R. 518, 17 J.P. 52.....	167
Blunt v. Park Lane Hotel, Ltd.....	[1942] 2 K.B. 253.....	599
Board of Education v. Rice.....	[1911] A.C. 179.....	339
Board of Regents of State Colleges v. Roth.....	408 U.S. 564 (1972).....	1164
Boarelli v. Flannigan.....	(1973), 36 D.L.R. (3d) 4.....	946, 960
Bolling v. Sharpe.....	347 U.S. 497 (1954).....	1164
Boucher v. The King.....	[1951] S.C.R. 265.....	1147
Bourgeois v. Tzrop.....	(1957), 9 D.L.R. (2d) 214.....	949
Bradburn v. Great Western Rail. Co.....	[1874-80] All E.R. 195.....	945, 964
Braswell v. United States.....	108 S. Ct. 2284 (1988).....	588, 609
Brazier v. Humphreys.....	(1973), 38 D.L.R. (3d) 201.....	969
Brazil v. Chief Constable of Surrey.....	[1983] 3 All E.R. 537.....	171
Brophy v. Attorney-General of Manitoba.....	[1895] A.C. 202.....	382

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Browning v. War Office	[1962] 3 All E.R. 1089	948, 964
C		
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	930, 1064
Calder v. Attorney General of British Columbia	(1970), 74 W.W.R. 481	1084
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	930, 1064
Canada Trust Co. v. Hanson	(1949), 1 D.L.R. 375	131
Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada	[1962] S.C.R. 729	613, 639
Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.	(1984), 52 C.B.R. 145	143
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon	[1984] 1 S.C.R. 509	1305, 1345
Canadian Pacific Ltd. v. Gill	[1973] S.C.R. 654	970, 949
Canadian Pacific Ltd. v. Paul	[1988] 2 S.C.R. 654	1103
Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan	[1980] 1 R.C.S. 433	148
Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan	[1980] 1 S.C.R. 433	148
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	299, 326, 1323
Canadien Pacifique Ltée c. Paul	[1988] 2 R.C.S. 654	1103
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	303
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	303
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	663
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta	[1974] R.C.S. 695	930
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695	930
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	663
Century Insurance Company of Canada v. Case Existological Laboratories Ltd. (The Bamcell II)	[1983] 2 S.C.R. 47	818
Chan v. Butcher	[1984] 4 W.W.R. 363	949, 960
Chandler v. Alberta Association of Architects	[1989] 2 S.C.R. 848	222
City of Kamloops v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	302
City of St. John v. Irving Oil Co.	[1966] S.C.R. 581	898
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383	202
Cline v. Frink Dairy Co.	274 U.S. 445 (1927)	1152
Closson v. Morrison	47 N.H. 482 (1867)	174
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	764
Cloutier v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 709	730, 741
Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke, Re.	(1966), 2 O.R. 439	300
Cock v. Attorney-General	(1909), 28 N.Z.L.R. 405	1409
Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson v. Baena	(1987), 7 Q.A.C. 153	1357
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	835
Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan	(1988), 48 D.L.R. (4th) 315	368
Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, Re.	(1978), 94 D.L.R. (3d) 365	1428
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369	334

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369	334
Commonwealth v. Schaeffer	536 A.2d 354 (Penn. 1987)	50
Commonwealth v. Thorpe	424 N.E.2d 250 (Mass. 1981)	52
Connally v. General Construction Co.	269 U.S. 385 (1926)	1151
Connelly v. Director of Public Prosecutions	[1964] A.C. 1254	239
Conner v. Transamerica Insurance Co., 496 P.2d 770	(1972)	811
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	146
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	146
Container Materials, Ltd. v. The King	[1942] S.C.R. 147	565
Coppage v. Kansas	236 U.S. 1 (1915)	1165
Corless and Corless, Re	(1987), 58 O.R. (2d) 19	88
Counselman v. Hitchcock	142 U.S. 547 (1892)	557
Cowan v. Cowan	(1987), 9 R.F.L. (3d) 401	88
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	450

D

Dallison v. Caffery	[1964] 3 W.L.R. 385	254
Danzig Legislative Decrees case	P.C.I.J., Advisory opinion of December 4th, 1935, Series A/B No. 65, p. 41	1151
Dawson v. Sawatzky	[1946] 1 W.W.R. 33	949
Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri	342 U.S. 421 (1952)	1165
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2 ... 181, 576, 1264, 1271, 1296	1165
Delaware v. Prouse	440 U.S. 648 (1979)	1265, 1282
Dell v. Vermette	(1963), 42 D.L.R. (2d) 326	969
Dennis v. London Passenger Transport Board	[1948] 1 All E. R. 779	978
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	609
Devine c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 790	1180, 1204
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790	1180, 1204
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	568, 604, 1385, 1413
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	568, 604, 1385, 1413
Dillon v. O'Brien	(1887), 16 Cox C.C. 245	169
Directeur des enquêtes et recherches c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce	(1985), 4 C.P.R. (3d) 59	613
Director of Investigation and Research v. Restrictive Trade Practices Commission	(1985), 4 C.P.R. (3d) 59	613
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	727, 740
Director of Public Prosecutions v. Kilbourne	[1973] A.C. 729	740
Dobish v. Garies	(1985), 15 C.C.L.I. 69	811
Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce	[1985] 1 C.F. 362	329
Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission	[1985] 1 F.C. 362	329
Dreier v. United States	221 U.S. 394 (1911)	588
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	478, 579, 598
Dumbell v. Roberts	[1944] 1 All E.R. 326	250

E

Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739	181
-------------------------	---------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria	[1931] A.C. 662	183
Elias v. Pasmore	[1934] 2 K.B. 164	170
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	539
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	1408

F

Faber v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 9	568, 1391, 1429
Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.	264 U.S. 298 (1924)	532
Federal Trade Commission v. Texaco, Inc.	555 F.2d 862 (1977)	527
Federal Trade Commission v. Tuttle	244 F.2d 605 (1957)	531
Ferguson v. Skrupa	372 U.S. 726 (1963)	1165
Fisher v. Pemberton	(1969), 8 D.L.R. (3d) 521	1312
Flintoft v. Royal Bank of Canada	[1964] S.C.R. 631	142
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	362, 1180, 1204, 1251
Ford Motor Co. v. Huffman	345 U.S. 330 (1953)	1311
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	362, 1180, 1204, 1251
Frank v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 95	914, 930
Furnell v. Whangarei High Schools Board	[1973] A.C. 660	682

G

Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298	1345
Gendron v. Municipalité de la Baie-James	[1986] 1 S.C.R. 401	1339
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057	[1990] 1 S.C.R. 1298	1345
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet	[1977] 2 S.C.R. 537	1323
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	508, 564, 597
Gershman Produce Co. and Motor Transport Board, Re	(1985), 22 D.L.R. (4th) 520	611
Gissing v. Gissing	[1970] 2 All E.R. 780	82, 101
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610	90, 1316
Gordon v. Denison	(1895), 22 O.A.R. 315	175
Gottschalk v. Hutton	(1921), 66 D.L.R. 499	175
Graham v. Baker	(1961), 106 C.L.R. 340	961
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377	381
Grayned v. City of Rockford	408 U.S. 104 (1972)	1153
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 377	381
Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration	[1972] R.C.S. 577	329
Grillas v. Minister of Manpower and Immigration	[1972] S.C.R. 577	329
Guay v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 18	732
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	1105
Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon	[1984] 1 R.C.S. 509	1305, 1345
Gushue v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 798	238
Gustafson v. Florida	414 U.S. 260 (1973)	173

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Guy v. Trizec Equities Ltd.....	[1979] 2 S.C.R. 756	949, 970
H		
Hale v. Henkel	201 U.S. 43 (1906).....	518, 590
Harris v. Director of Public Prosecutions	[1952] A.C. 694.....	737, 745
Harvey Adams and Vancouver Symphony Society and Musicians Association, Local 145.....	[1976] 1 Can. L.R.B.R. 192	1313
Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.	(1985), 24 D.L.R. (4th) 724	554
Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.	(1985), 62 B.C.L.R. 183	450
Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.	455 U.S. 489 (1982)	1154
Holgate-Mohammed v. Duke	[1984] A.C. 437	254
Holmes v. Burr	486 F.2d 55 (1973)	49
Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen	[1957] S.C.R. 403	565
Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.	[1899] 1 Q.B. 86	118
Hufsky v. The Queen	[1988] 1 S.C.R. 621	1263, 1273
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 426.....	85
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145	202, 343, 449, 506, 594, 614, 622, 633, 762, 786, 1220
Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.	[1988] 1 All E.R. 541	949, 960
Hussey v. Palmer	[1972] 1 W.L.R. 1286.....	82, 100
Hutt v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 476	1137, 1192
I		
In Re Lamb	296 N.E.2d 280 (Ohio 1973)	24
In re Lévis Automobiles Inc.: Gingras v. Cour des Sessions de la Paix	[1973] C.A. 670, 12 C.C.C. (2d) 182	1017
Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto, Re.....	(1985), 52 O.R. (2d) 449	1155
Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra	[1981] 2 S.C.R. 145	302
Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Ves- pra	[1981] 2 R.C.S. 145	302
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du com- merce)	[1987] 1 R.C.S. 181	453, 524, 566, 614, 622
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 181	453, 524, 566, 614, 622
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927..	458, 543, 570, 709, 1171, 1204, 1249, 1440
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	458, 543, 570, 709, 1171, 1204, 1249, 1440
J		
Jack v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 294	1095
James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1984] 1 R.C.S. 614	634
James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue	[1984] 1 S.C.R. 614	634
Johnson v. M'Intosh.....	(1823), 8 Wheaton 543	1103

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Jones v. Meehan.....	175 U.S. 1 (1899)	1036

K

Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique.....	[1980] 1 R.C.S. 1105	324, 677
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia....	[1980] 1 S.C.R. 1105	324, 677
Kastigar v. United States	406 U.S. 441 (1972)	475, 545, 580
Katz v. United States.....	389 U.S. 347 (1967)	38
Kelliher (Village of) v. Smith	[1931] S.C.R. 672.....	870
Kerns v. Parratt.....	672 F.2d 690 (8th Cir. 1982).....	24
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	231
Knockaert c. Commissaire aux services correctionnels	[1986] 2 C.F. 361.....	22
Knockaert v. Commissioner of Corrections.....	[1986] 2 F.C. 361	22
Kolender v. Lawson	461 U.S. 352 (1983).....	1157
Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec	[1968] S.C.R. 172.....	307
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104	1113

L

Lamb v. Munster	(1882), 10 Q.B.D. 110	472
Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale	[1927] S.C.R. 605.....	140
Laporte v. Laganière	(1972), 18 C.R.N.S. 357	176
Lavigne v. Doucet	(1976), 14 N.B.R. (2d) 700.....	951, 960
Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General).....	(1989), 91 N.S.R. (2d) 184	364
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	703, 1221
Lazarenko and Law Society of Alberta, Re	(1983), 4 D.L.R. (4th) 389	16
Leatherdale v. Leatherdale	[1982] 2 S.C.R. 743.....	88
Leigh v. Cole	(1853), 6 Cox C.C. 329	168
Leonard v. Leonard.....	Unreported/Inédit, [1987] O.J. No. 1488	89
Leslie v. Leslie and Clyde.....	(1987), 9 R.F.L. (3d) 82	88
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178	232
Lindley v. Rutter	[1981] Q.B. 128	170
Liversidge v. Anderson	[1942] A.C. 206	250
Local Government Board v. Arlidge	[1915] A.C. 120	339
Lochner v. New York	198 U.S. 45 (1905).....	1164
Lopez v. United States	373 U.S. 427 (1963)	40
Lucier v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 28.....	560
Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise.....	[1985] 1 C.F. 85	1155
Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs & Excise....	[1985] 1 F.C. 85	1155

M

Makin v. Attorney-General for New South Wales	[1894] A.C. 57.....	725, 740
Malloch v. Aberdeen Corp.....	[1971] 2 All E.R. 1278	672, 688
Mapp v. Ohio.....	367 U.S. 643 (1961).....	602, 771
Marcoux v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 763	574, 600

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Martin v. The Queen	(1985), 17 C.R.R. 375	1091
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	301
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	301
Massia v. Allen	[1973] 1 O.R. 419	969
Maxwell v. Department of Trade and Industry	[1974] Q.B. 523	683
McCready v. Munroe	(1965), 55 D.L.R. (2d) 338	969
McDonald v. McDonald	(1988), 11 R.F.L. (3d) 321	111
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	[1976] 1 S.C.R. 718	1322
McNaughton v. Baker	(1988), 25 B.C.L.R. (2d) 17	118
Mehr v. Law Society of Upper Canada	[1955] S.C.R. 344	297, 329
Menhennet v. Schoenholz	[1971] 3 O.R. 355	952
Merchants' Bank of Canada v. Smith	(1884), 8 S.C.R. 512	132
Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390 (1923)	1164
Michigan v. DeFillippo	443 U.S. 31 (1979)	175
Milhomme v. Aubé	[1984] C.A. 1	1356
Millar v. Taylor	(1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201	53
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	1174, 217
Minnes v. Minnes	(1962), 34 D.L.R. (2d) 497	118
Miranda v. Arizona	384 U.S. 436 (1966)	212
Moosehunter v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 282	916, 931
Morehead v. New York ex rel. Tipaldo	298 U.S. 587 (1936)	1165
Morozuk v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 31	1023
Morris v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 190	559, 608, 732, 742
Mulherin v. U.S.W.A., Loc. 7884	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 251	1319
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	129
Murdoch v. Murdoch	[1975] 1 S.C.R. 423	81, 101
Myers v. Hoffman	(1955), 1 D.L.R. (2d) 272	978
Myran v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137	934
N		
Nash and The Queen, Re	(1982), 70 C.C.C. (2d) 490	16
Nelles and Grange, Re	(1984), 46 O.R. (2d) 210	605, 1383, 1426
New York v. Belton	453 U.S. 454 (1981)	175
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	301, 613, 669, 688
Nova Scotia Government Employees Association v. Civil Service Commission of Nova Scotia	[1981] 1 S.C.R. 211	671
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	906, 930, 1107
Nuti v. Nuti	(1980), 28 O.R. (2d) 102	87
O		
O'Hara c. Colombie-Britannique	[1987] 2 R.C.S. 591	1385, 1431
O'Hara v. British Columbia	[1987] 2 S.C.R. 591	1385, 1431
Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling	327 U.S. 186 (1946)	496, 518
Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.	(1986), 19 C.C.L.I. 168	810
Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell	[1917] A.C. 62	382

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank	[1920] A.C. 230	382
P		
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	66, 115
Papachristou v. City of Jacksonville.....	405 U.S. 156 (1972)	1152
Parry v. Cleaver	[1969] 1 All E.R. 555	948, 966
Parsons v. Saunders	(1963), 39 D.L.R. (2d) 190	969
Pasco v. Canadian National Railway Co.....	[1986] 1 C.N.L.R. 35	1103
Patterson v. The Queen	[1968] S.C.R. 157	1158, 1219
Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre, Re.....	(1984), 15 C.C.C. (3d) 223	16
People v. Allen.....	103 N.E.2d 92 (1952)	531
People v. Dorr.....	265 N.E.2d 601 (1971)	531
People v. Lewis.....	386 N.E.2d 910 (Ill. 1979).....	24
Pettitt v. Pettitt	[1969] 2 All E.R. 385	82, 101
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834	84, 101
Phillips v. South Western Railway Co.....	(1879), 4 Q.B.D. 406	963
Prince and Myron v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 81	915, 1100
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada, Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée.....	[1980] 2 R.C.S. 735	280, 670
Procureur général du Québec c. Lechasseur	[1983] 2 R.C.S. 206	453, 509, 564, 1397
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1981] 2 R.C.S. 253	26
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada.....	[1984] 2 R.C.S. 66	363
Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp....	[1979] 1 R.C.S. 218	568, 600, 1385, 1429
Pyneboard Proprietary Ltd. v. Trade Practices Commission.....	(1976), 67 D.L.R. (3d) 521	810
	(1983), 152 C.L.R. 328	476
R		
R. L. Crain Inc. v. Couture.....	(1983), 6 D.L.R. (4th) 478	468
R. v. Abbey.....	[1982] 2 S.C.R. 24	864, 898
R. v. Agawa	(1988), 28 O.A.C. 201	1091
R. v. Altseimer	(1982), 38 O.R. (2d) 783	587
R. v. Amway Corp.	[1989] 1 S.C.R. 21	543, 572, 607, 1440
R. v. Antley	(1963) 42 C.R. 384	888
R. v. Aughet	(1918), 118 L.T. 658	235
R. v. Barnett.....	(1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563.....	169
R. v. Baxter.....	(1975) 33 C.R.N.S. 22	876
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	178, 538, 573, 683
R. v. Béland	[1987] 2 S.C.R. 398	870
R. v. Bichel	[1986] 5 W.W.R. 261	506, 647
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295 184, 202, 470, 539, 708, 1252	
R. v. Black	[1989] 2 S.C.R. 138 210, 414, 419, 553, 582, 783	

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Bogue	(1976) 30 C.C.C. (2d) 403	876
R. v. Brezack	(1949), 96 C.C.C. 97	176
R. v. Brown	(1956), 116 C.C.C. 287	1407
R. v. Brown	(1986), 28 C.R.R. 170	413
R. v. Brown	(1987), 33 C.C.C. (3d) 54	250
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	484
R. v. Caldwell	[1981] 1 All E. R. 961	274
R. v. Campbell	[1956] 2 All E.R. 272	737
R. v. Cheecham	(1989), 51 C.C.C. (3d) 498	790
R. v. Chiasson	(1982), 135 D.L.R. (3d) 499	509
R. v. Christie	[1914] A.C. 545	600
R. v. Clarke	(1979), 33 N.S.R. (2d) 636	600
R. v. Cohen	[1939] S.C.R. 212	1219
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265 59, 184, 422, 483, 552, 582, 607, 762, 779	
R. v. Container Materials Ltd.	[1940] 4 D.L.R. 293	609
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860	1407
R. v. Coote	(1873), L.R. 4 P.C. 599	575
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	539
R. v. Côté	[1978] 1 S.C.R. 8	1023
R. v. Criminal Injuries Compensation Board	[1973] 1 W.L.R. 1334	303
R. v. Cunningham	(1986), 31 C.C.C. (3d) 223	1144
R. v. D. (L.E.)	[1989] 2 S.C.R. 111	731, 743, 751
R. v. De Munck	[1918] 1 K.B. 635	1159
R. v. Debot	(1986), 30 C.C.C. (3d) 207	762, 776
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	179, 416
R. v. Dedman	(1981), 32 O.R. (2d) 641	252
R. v. Denny	(1990), 55 C.C.C. (3d) 322	1116
R. v. Derriksan	(1976), 71 D.L.R. (3d) 159	1083
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	65, 69, 547, 798
R. v. Duguay, Murphy and Sevigny	(1985), 18 C.C.C. (3d) 289	252
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	783
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	43, 505, 589
R. v. Eden	[1970] 3 C.C.C. 280	600
R. v. Edwards and Pine	(1986), 32 C.C.C. (3d) 412	1160
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713 460, 1138, 1166, 1279	
R. v. Engel	(1981), 9 Man. R. (2d) 279	600
R. v. Eninew, R. v. Bear	(1984), 12 C.C.C. (3d) 365	1118
R. v. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	599
R. v. Famous Players	[1932] O.R. 307	609
R. v. Finlay and Grellette	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48	43
R. v. Gaich	(1956), 24 C.R. 196	608
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	787
R. v. George	[1966] S.C.R. 267	916
R. v. Grimwood	[1987] 2 S.C.R. 755	641
R. v. Hall	(1887), 5 N.Z.L.R. 93	726
R. v. Hamill	[1987] 1 S.C.R. 301	799
R. v. Hampden	(1684), 9 How. St. Tr. 1053	723

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Hannam	[1964] 2 C.C.C. 340	608
R. v. Hansen	(1988), 46 C.C.C. (3d) 504	600
R. v. Hare and Debassige	(1985), 20 C.C.C. (3d) 1	1091
R. v. Hashem	(1940), 73 C.C.C. 124	609
R. v. Heisler	(1984), 11 C.C.C. (3d) 475	779
R. v. Hislop	(1980), 5 W.C.B. 124	1159
R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)	(1981), 33 O.R. (2d) 694	564, 1396, 1435
R. v. Horse	[1988] 1 S.C.R. 187	1049
R. v. Howard	(1986), 29 C.C.C. (3d) 544	833, 844
R. v. Howard	[1989] 1 S.C.R. 1337	833
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	642
R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain	[1979] 1 All E.R. 701	24
R. v. Ikeda and Widjaja	(1978), 42 C.C.C. (2d) 195	1159
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	762, 786
R. v. Jahelka	(1987), 36 C.C.C. (3d) 105	1146, 1197
R. v. Jones	(1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269	169
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	539, 1163
R. v. Jordan	(1984) 39 C.R. (3d) 50	899
R. v. Kematch and Campeau	(1979), 48 C.C.C. (2d) 179	832
R. v. Kerim	[1963] S.C.R. 124	1158
R. v. Kinsey	(1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198	169
R. v. Knuff	(1980), 52 C.C.C. (2d) 523	832
R. v. Koszulap	(1974), 27 C.R.N.S. 226	256
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257	1294
R. v. Laliberté	(1973), 12 C.C.C. (2d) 109	1159
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	181
R. v. Lantay	[1966] 3 C.C.C. 270	1159
R. v. LeBeau	(1988), 41 C.C.C. (3d) 163	1157
R. v. Lerke	(1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1	177
R. v. Lupien	[1970] S.C.R. 263	898
R. v. Lushington	[1894] 1 Q.B. 420	169
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	536, 871, 1442
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	203, 414
R. v. Mansfield	(1977), 65 Cr. App. R. 276	733
R. v. McDonald	(1932), 59 C.C.C. 56	175
R. v. McKinlay Transport Ltd.	(1987), 62 O.R. (2d) 757	612
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	506, 615, 625
R. v. McLean	(1986), 52 C.R. (3d) 262	1160
R. v. McLellan	(1980), 55 C.C.C. (2d) 543	1158
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	998
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	391
R. v. Miller	(1987), 38 C.C.C. (3d) 252	175
R. v. Mingo	(1982), 2 C.C.C. (3d) 23	17
R. v. Minhas	(1986), 53 C.R. (3d) 128	600
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471	831, 843
R. v. Morgentaler, Smoling and Scott	(1985), 52 O.R. (2d) 353	1155
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	184, 485, 509, 1157, 1216
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	731

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Morrison	(1983), 6 C.C.C. (3d) 256.....	785
R. v. Morrison	(1987), 20 O.A.C. 230.....	175
R. v. N.M. Paterson and Sons Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 679	544, 577
R. v. Naylor	[1979] Crim. L.R. 532	170
R. v. Nixon	Unreported/Inédit, British Columbia Supreme Court, No. CC890587, October 6, 1989....	1432
R. v. O'Donnell	(1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61.....	169
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	486, 536, 1134, 1179, 1212, 1254, 1267
R. v. Parks	(1988), 33 C.R.R. 1	206
R. v. Playford	(1987), 40 C.C.C. (3d) 142.....	55
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	786
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	546
R. v. Precourt	(1976), 39 C.C.C. (2d) 311.....	257
R. v. Prince	[1986] 2 S.C.R. 480	237
R. v. Quesnel	(1985), 12 O.A.C. 165.....	506
R. v. Quesnel	(1985), 53 O.R. (2d) 338	1167
R. v. Rance	(1975), 62 Cr. App. R. 118	731
R. v. Rao	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97.....	177
R. v. Rao	(1984), 46 O.R. (2d) 80.....	506, 785
R. v. Reynolds	(1978), 44 C.C.C. (2d) 129	833, 844
R. v. Robertson.....	[1987] 1 S.C.R. 918	732
R. v. Robson	(1985), 19 C.C.C. (3d) 137	1156
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3	203, 555, 783
R. v. Rousseau	[1985] R.L. 108	177
R. v. Rowbotham	(1988), 63 C.R. (3d) 113	563
R. v. Sanelli	(1987), 60 C.R. (3d) 142	66
R. v. Sang	[1980] A.C. 402	560
R. v. Scarrott	[1978] Q.B. 1016	733
R. v. Scherer	(1984), 16 C.C.C. (3d) 30.....	1013
R. v. Scopelliti	(1981), 63 C.C.C. (2d) 481.....	731
R. v. Scott	(1856), Dears. & Bell 47, 169 E.R. 909	575
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs	[1982] 2 All E.R. 118	1064
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	496, 582, 615, 641, 762, 772
R. v. Sims	[1946] K.B. 531	740
R. v. Skinner	(1987), 79 N.S.R. (2d) 8.....	1146
R. v. Skinner	[1990] 1 S.C.R. 1235.....	1207, 1231
R. v. Sloggett	(1856), Dears. 656, 169 E.R. 885.....	575
R. v. Smith	(1988), 44 C.C.C. (3d) 385	1183
R. v. Smith	[1935] 3 D.L.R. 703	914
R. v. Sorko	[1969] 4 C.C.C. 241	1159
R. v. Stagnitta	(1987), 36 C.C.C. (3d) 105	1146, 1197
R. v. Stagnitta	[1990] 1 S.C.R. 1226.....	1207, 1242, 1246
R. v. Stevens	(1983), 7 C.C.C. (3d) 260.....	785
R. v. Stewart	[1988] 1 S.C.R. 963	569
R. v. Stoddart	(1987), 37 C.C.C. (3d) 351.....	699
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	210, 484, 770, 786

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Straffen.....	[1952] 2 Q.B. 911.....	746
R. v. Stratton.....	(1978), 3 C.R. (3d) 289.....	232
R. v. Strongquill.....	(1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247.....	914, 931
R. v. Sutherland.....	[1980] 2 S.C.R. 451.....	916, 931, 1100
R. v. Symonds.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 225.....	599
R. v. Taylor and Williams.....	(1981), 34 O.R. (2d) 360.....	1108
R. v. Taylor and Williams.....	(1981) 62 C.C.C. (2d) 227.....	1045
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613....	404, 417, 466, 633, 762, 776, 1276
R. v. Thomas.....	[1985] Q.B. 604.....	232
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	409, 1276
R. v. Tremblay.....	[1987] 2 S.C.R. 435.....	204
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	702
R. v. Tutton.....	[1989] 1 S.C.R. 1392.....	271
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	274, 714, 1174
R. v. Vermette.....	[1987] 1 S.C.R. 577.....	851
R. v. Vermette.....	[1988] 1 S.C.R. 985.....	1430
R. v. Videoflicks Ltd.....	(1984), 48 O.R. (2d) 395.....	1174
R. v. Waterfield.....	[1963] 3 All E.R. 659.....	1274
R. v. Wesley.....	[1932] 2 W.W.R. 337.....	915, 1100
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284.....	509
R. v. White and Bob.....	(1964), 50 D.L.R. (2d) 613.....	907, 1035
R. v. Whynot.....	(1983), 9 C.C.C. 449.....	876
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	470
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	547, 798
R. v. Wigglesworth.....	[1987] 2 S.C.R. 541.....	13, 239
R. v. Wigman.....	[1987] 1 S.C.R. 246.....	715
R. v. Williams.....	(1985), 44 C.R. (3d) 351.....	563
R. v. Wong.....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 51.....	43
R. v. Woolley.....	(1988), 40 C.C.C. (3d) 531.....	582, 602
R. v. Woszczyzna.....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 221.....	1158
R. v. Wray.....	[1971] S.C.R. 272.....	581, 602, 730
R. v. Zelensky.....	[1978] 2 S.C.R. 940.....	1011
R. v. Zundel.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 97.....	1154
R. v. Zundel.....	(1987) 56 C.R. (3d) 1.....	899
R.V.P. Enterprises Ltd. v. British Columbia (Minister of Consumer & Corporate Affairs).....	[1988] 4 W.W.R. 726.....	1166
Rados v. Neumann.....	[1971] 2 O.R. 269.....	969
Rahn v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 659.....	409
Ralph v. Peppersack.....	335 F.2d 128 (1964).....	258
Ramm, Re.....	(1957), 7 D.L.R. (2d) 378.....	296, 329
Rathwell v. Rathwell.....	[1978] 2 S.C.R. 436.....	84, 101
Rawluk v. Rawluk.....	[1990] 1 S.C.R. 70.....	1315
Rawson v. Kasman.....	(1956), 3 D.L.R. (2d) 376.....	978
Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217.....	[1975] 2 Can. L.R.B.R. 196.....	1307
Reference re Alberta Statutes.....	[1938] S.C.R. 100.....	145
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	365

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights	(1984), 10 D.L.R. (4th) 491	356
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	217, 1106, 1250
Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.).....	(1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236	368
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313	1148, 1243, 1248, 1361
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)...	[1990] 1 S.C.R. 1123	1231, 1242
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	[1989] 1 S.C.R. 922	703
Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario.....	(1970), 15 D.L.R. (3d) 385	329
Regina v. Committee on Works of Halifax City Council	(1962), 34 D.L.R. (2d) 45.....	329
Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2), Re	(1984), 8 D.L.R. (4th) 696.....	611, 646
Reilly v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 396	874
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123	1231, 1242
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	1148, 1243, 1248, 1361
Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.).....	[1989] 1 R.C.S. 922	703
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148	365
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	217, 1106, 1250
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486	369, 449, 536, 601, 1172, 1215
Rex v. Huntingdon Confirming Authority.....	[1929] 1 K.B. 698.....	297
Rex v. Sussex Justices.....	[1924] 1 K.B. 256	333
Reynen v. Antonenko.....	(1975), 20 C.C.C. (2d) 342.....	176
Rice v. Connolly.....	[1966] 2 Q.B. 414.....	472, 576
Ridge v. Baldwin.....	[1963] 2 All E.R. 66.....	670, 687
Rogers, Re	(1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484	329
Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re.....	(1969), 11 D.L.R. (3d) 148	329
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	576
Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia	[1936] S.C.R. 560.....	141
Rudolf Wolff & Co. v. Canada	[1990] 1 S.C.R. 695	707
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	184, 1147, 1204

S

Scarff v. Wilson.....	(1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290.....	221
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	184, 1147, 1204
Seed v. Seed.....	(1986), 5 R.F.L. (3d) 120	88
Selvarajan v. Race Relations Board.....	[1976] 1 All E.R. 12	685
Semayne's Case.....	(1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194.....	183
Shearman v. Folland.....	[1950] 1 All E.R. 976.....	947
Sikyea v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 642.....	916
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387	906, 930, 1035, 1100
Simpson and United Garment Workers of Canada.....	[1980] 3 Can. L.R.B.R. 136	1313
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	459, 1220
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177	459, 1220

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Procureur général du Canada	[1986] 1 C.F. 274	1166
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada	[1986] 1 F.C. 274	1166
Smith v. Goguen	415 U.S. 566 (1974)	1157
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness In Education	[1986] 1 S.C.R. 549	364
Sorby v. Commonwealth of Australia	(1983), 152 C.L.R. 281	476
Sorochan v. Sorochan	[1986] 2 S.C.R. 38	81, 104
Spalding v. Preston	21 Vt. 9 (1848)	174
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)	[1986] 1 R.C.S. 704	1324
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paperworkers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	1324
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	1097
State v. Gallegos	719 P.2d 1268 (N.M. 1986)	883
State v. Glass	583 P.2d 872 (Alaska 1978)	49
State v. Keller	369 N.E.2d 798 (Ohio 1976)	24
State v. Kelly	478 A.2d 364 (N.J. 1984)	873
State v. Killebrew	340 N.W.2d 470 (Wis. 1983)	24
State v. Procter	367 N.E.2d 908 (Ohio 1977)	24
State v. Wanrow	559 P.2d 548 (Wash. 1977)	874
Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.	323 U.S. 192 (1944)	1310, 1344
Steinhauer and The Queen, Re	(1985), 15 C.R.R. 175	1091
Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)	[1990] 1 R.C.S. 617	651
Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)	[1990] 1 S.C.R. 617	651
Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King	[1929] S.C.R. 276	565
STT c. British Columbia Telephone Co.	[1988] 2 R.C.S. 564	1325
Sutton v. The Queen	(1984), 152 C.L.R. 528	734
Sweitzer v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 949	732, 742
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	1189
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	299, 326, 1323
Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique v. Richer	[1983] C.A. 167	1313, 1364
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879	301, 669
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879	301, 669
Szilard v. Szasz	[1955] S.C.R. 3	297
T		
Tass v. The King	[1947] S.C.R. 103	575
Tennant v. Union Bank of Canada	[1894] A.C. 31	132
Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser, & Co.	(1887), 12 A.C. 484	819
Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.	[1989] I.L.R. 1-2399	811
The King v. Huntingdon Confirming Authority	[1929] 1 K.B. 698	329

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Thomas Wilson, Sons & Co. v. The Owners of the Cargo per the "Xantho" (The Xantho)	(1887), 12 A.C. 503	819
Thompson v. Thompson	[1961] S.C.R. 3	82
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425 620, 624, 625, 640, 650, 651	
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425 620, 624, 625, 640, 650, 651	
Thoreson v. Thoreson	(1982), 137 D.L.R. (3d) 535	87
Thornton v. Prince George School Board	[1978] 2 S.C.R. 267	962
Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb, Re	(1916), 37 O.L.R. 656	331
Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal	(1984), 8 Admin. L.R. 173	306
Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation and Research, Re	(1985), 25 D.L.R. (4th) 202; (1985), 62 B.C.L.R. 183	450, 466
Trask v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 655	409
Trueman v. Trueman	(1971), 18 D.L.R. (3d) 109	82
Tubb v. Lief	[1932] 3 W.W.R. 245	949, 969
Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen	323 U.S. 210 (1944)	1310
TWU v. British Columbia Telephone Co.	[1988] 2 S.C.R. 564	1325
Tyler v. M.N.R.	[1989] 1 C.T.C. 153	611

U

U.E.W., Local 523, and Welland Forge Ltd., Re	(1970), 21 L.A.C. 1	954
Ullmann v. United States	350 U.S. 422 (1956)	474
Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board	(1960), 24 D.L.R. (2d) 673	331
United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.	[1980] OLRB Rep. 577	311
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	539
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	1408
United States v. Carole Products Co.	304 U.S. 144 (1938)	1165
United States v. Leon	468 U.S. 897 (1984)	602
United States v. Morton Salt Co.	338 U.S. 632 (1950)	518
United States v. Robinson	414 U.S. 218 (1973)	173
United States v. White	322 U.S. 694 (1944)	588
United States v. White	401 U.S. 745 (1971)	40

V

Vaca v. Sipes	386 U.S. 171 (1967)	1311, 1344
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	332
Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.	(1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178	811
Vedovato v. Vedovato	(1984), 39 R.F.L. (2d) 18	87
Ville de Kamloops c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	303

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
W		
Walker v. Frobisher	(1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943	297
Weeks v. United States	232 U.S. 383 (1914)	174
Weidman v. Shragge	(1912), 46 S.C.R. 1	565
Welch v. Gilmour	(1955), 111 C.C.C. 221	176
West Coast Hotel Co. v. Parrish	300 U.S. 379 (1937)	1165
Westendorp v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 43	1139, 1197
Whitbread v. Walley	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203	1167
Wilband v. The Queen	[1967] S.C.R. 14	898
Wilson v. Medical Services Commission	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 1	1168
Wilson v. United States	221 U.S. 361 (1911)	518, 588
Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1	[1976] 2 S.C.R. 695	1322
Wiseman v. Borneman	[1969] 3 All E.R. 275	677
Woodworth v. Farmer	(1963), 39 D.L.R. (2d) 179	969
Worcester v. State of Georgia	31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)	1053
Wright v. The Queen	[1963] S.C.R. 539	239
Y		
Yakimishyn v. Bileski	(1946), 86 C.C.C. 179	176
Z		
Ziegler v. Hunter	[1984] 2 F.C. 608	448, 610

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		C	
Act of Capitulation of Montreal (1760)		Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10	
art. 40.....	1025	s. 5.....	425
art. 50.....	1025	Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1	
Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35.....	260	s. 122.....	1298
Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.....	260	s. 136.1.....	1298
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3		s. 189.....	1298
s. 17.....	342	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
B		s. 1.....	30, 62, 425, 617, 627, 1075, 1123, 1226, 1235, 1257, 1291, 1366
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1		s. 2(b).....	1123, 1226, 1235
s. 178.....	121	s. 2(d).....	1235
s. 179.....	121	s. 7.....	425, 617, 705, 995, 1123, 1226, 1257, 1366
Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3		s. 8.....	30, 62, 425, 627, 755, 1257, 1366
s. 40.....	1005	s. 9.....	241, 1257, 1291, 1366
s. 49(1).....	1005	s. 10.....	755, 1366
s. 148.....	1005	s. 10(b).....	190, 398
Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40		s. 11(c).....	425, 1366
s. 178.....	121	s. 11(d).....	1366
s. 179.....	121	s. 11(h).....	3, 225
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248		s. 12.....	1366
s. 4.....	1075	s. 13.....	425, 1366
s. 12(1).....	1075	s. 14.....	1366
s. 12(2).....	1075	s. 15(1).....	695, 705
s. 27(1).....	1075	s. 17.....	617
s. 27(4).....	1075	s. 23.....	342
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10		s. 24(1).....	995, 1257
art. 13.....	1075	s. 24(2).....	30, 62, 398, 755, 1257
		s. 29.....	342
		s. 33.....	1075
		Civil Code of Lower Canada	
		art. 1920.....	1330
		art. 2476.....	985
		art. 2477.....	985
		art. 2478.....	985
		Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23	
		s. 17.....	425, 617
		s. 20.....	425
		s. 20(2).....	425

	PAGE		PAGE
Constitution Act, 1867		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 91(12).....	1075	s. 119.....	1366
s. 91(15).....	121	s. 121.....	1366
s. 91(24).....	1075	s. 535.....	1366
s. 91(27).....	1366	s. 548.....	1366
s. 92(2).....	121	s. 686(1)(b)(iii)	827, 991
s. 92(4).....	1366	Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38	
s. 92(7).....	1366	s. 7(1)	695, 705
s. 92(13).....	1366		
s. 92(14).....	1366	E	
s. 92(16).....	1366	Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1	
s. 93(1).....	342	s. 91(x).....	653
s. 109.....	1075	s. 112.....	653
s. 133.....	260	s. 113.....	653
Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. 5, c. 26		s. 206(d).....	653
s. 1.....	901	Education Regulations, Sask. Reg. 179	
Constitution Act, 1982		s. 21(4).....	653
s. 33.....	1075	s. 37(1).....	653
s. 35(1).....	1075		
s. 52(1)	425, 1075, 1257	F	
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4	
s. 34(2)(a).....	852	s. 4.....	70
s. 34(2)(b)	852	s. 5.....	70
s. 37.....	852	s. 10.....	70
s. 178.11(1)	30	s. 14.....	70
s. 178.11(2)(a)	30, 62	s. 64.....	70
s. 178.12(1).....	30	Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152	
s. 178.16(1)(a)	30	s. 60.....	940
s. 178.16(1)(b)	30, 62	Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),	
s. 193.....	1123	c. 10	
s. 195.1(1)(c)	1123, 1226, 1235	s. 17(1)	695, 705
s. 202(1).....	265	s. 17(2)	695, 705
s. 202(2).....	265	Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14	
s. 203.....	265	s. 34.....	1075
s. 235.....	398	French Language Regulation, Alta. Reg. 49082....	342
s. 237(2).....	265		
s. 237(3).....	265	H	
s. 245.1(1)(b)	3	Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198	
s. 245(b).....	158	s. 189a(1).....	1257
s. 423(1)(d)	62		
s. 450.....	755		
s. 450(1).....	241		
s. 454(1).....	241		
s. 455.....	3		
s. 534(1).....	225		
s. 535(1).....	225		
s. 537(1).....	225		
s. 653(1).....	1005		
s. 653(2).....	1005		
s. 771(1)(a)	158		

	PAGE		PAGE
I		R	
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148		R.R.O. 1980, Reg. 649	
s. 231(1).....	627	s. 28.....	3
s. 231(3).....	627	s. 29(1).....	3
s. 238(2).....	627	s. 29(2).....	3
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6		s. 30.....	3
s. 88.....	901	s. 31(1).....	3
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5		s. 31(2).....	3
s. 88.....	901, 1025	Regulation respecting the Parc de la Jacques- Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518	
Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, c. 203		s. 9.....	1025
s. 56(1).....	814	s. 37.....	1025
s. 56(2).....	814	Royal Proclamation, 1763.....	1025
schedule (s. 7).....	814	Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74	
L		r. 7.....	219
Labour Code, R.S.Q., c. C-27		r. 50.....	219
ss. 47.2 to 47.6.....	1330	r. 51(12).....	219
s. 100.3.....	1330	S	
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228		School Act, R.S.A. 1980, c. S-3	
s. 14.....	282	s. 13.....	342
s. 102(9).....	282	s. 158.....	342
s. 102(13).....	282	s. 159.....	342
s. 106.....	282	T	
s. 108.....	282	Treaty of Paris (1763).....	1025
s. 114.....	282	Treaty No. 8 (1899).....	901
Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233		W	
s. 51(7).....	1005	Wildlife Act, R.S.A. 1980, c. W-9	
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16		s. 1(s).....	901
ss. 19 to 36.....	121	s. 18.....	901
N		s. 42.....	901
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1			
s. 5.....	1020		
Natural Resources Transfer Agreement			
para. 12.....	901		
P			
Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411			
ss. 1 to 11.....	1366		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Acte de capitulation de Montréal (1760)			
art. 40.....	1025		
art. 50.....	1025		
C			
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 1	30, 62, 425, 617, 627, 1075, 1123, 1226, 1235, 1257, 1291, 1366		
art. 2b)	1123, 1226, 1235		
art. 2d)	1235		
art. 7	425, 617, 705, 995, 1123, 1226, 1257, 1366		
art. 8	30, 62, 425, 627, 755, 1257, 1366		
art. 9	241, 1257, 1291, 1366		
art. 10	755, 1366		
art. 10b)	190, 398		
art. 11c)	425, 1366		
art. 11d)	1366		
art. 11h)	3, 225		
art. 12.....	1366		
art. 13	425, 1366		
art. 14.....	1366		
art. 15(1)	695, 705		
art. 17.....	617		
art. 23.....	342		
art. 24(1)	995, 1257		
art. 24(2)	30, 62, 398, 755, 1257		
art. 29.....	342		
art. 33.....	1075		
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1			
art. 122.....	1298		
art. 136.1	1298		
art. 189.....	1298		
Code civil du Bas-Canada			
art. 1920	1330		
art. 2476	985		
art. 2477	985		
art. 2478	985		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 119.....	1366		
art. 121.....	1366		
art. 535.....	1366		
art. 548.....	1366		
art. 686(1)b)(iii)	827, 991		
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34			
art. 34(2)a).....	852		
art. 34(2)b).....	852		
art. 37.....	852		
art. 178.11(1).....	30		
art. 178.11(2)a)	30, 62		
art. 178.12(1).....	30		
art. 178.16(1)a)	30		
art. 178.16(1)b)	30, 62		
art. 193.....	1123		
art. 195.1(1)c)	1123, 1226, 1235		
art. 202(1).....	265		
art. 202(2).....	265		
art. 203.....	265		
art. 235.....	398		
art. 237(2).....	265		
art. 237(3).....	265		
art. 245.1(1)b)	3		
art. 245b).....	158		
art. 423(1)d).....	62		
art. 450.....	755		
art. 450(1).....	241		
art. 454(1).....	241		
art. 455.....	3		
art. 534(1).....	225		
art. 535(1).....	225		
art. 537(1).....	225		
art. 653(1).....	1005		
art. 653(2).....	1005		
art. 771(1)a).....	158		
Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198			
art. 189a(1).....	1257		
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27			
art. 47.2 à 47.6	1330		
art. 100.3	1330		

	PAGE		PAGE
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, n° 10		art. 91(27)	1366
art. 13	1075	art. 92(2)	121
Convention sur le transfert des ressources naturelles		art. 92(4)	1366
art. 12	901	art. 92(7)	1366
		art. 92(13)	1366
		art. 92(14)	1366
		art. 92(16)	1366
		art. 93(1)	342
E		art. 109	1075
Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1		art. 133	260
art. 91x)	653	Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. 5, ch. 26	
art. 112	653	art. 1	901
art. 113	653	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 206(d)	653	art. 33	1075
Education Regulations, Sask. Reg. 179		art. 35(1)	1075
art. 21(4)	653	art. 52(1)	425, 1075, 1257
art. 37(1)	653	Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148	
		art. 231(1)	627
		art. 231(3)	627
		art. 238(2)	627
F		Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40	
French Language Regulation, Alta. Reg. 49082	342	art. 178	121
		art. 179	121
		Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4	
I		art. 4	70
Insurance (Maritime) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 203		art. 5	70
art. 56(1)	814	art. 10	70
art. 56(2)	814	art. 14	70
annexe (art. 7)	814	art. 64	70
		Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, ch. 152	
		art. 60	940
L		Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23	
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16		art. 17	425, 617
art. 19 à 36	121	art. 20	425
Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35	260	art. 20(2)	425
Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45	260	Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3	
Loi constitutionnelle de 1867		art. 17	342
art. 91(12)	1075	Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e supp.), ch. 10	
art. 91(15)	121	art. 17(1)	695, 705
art. 91(24)	1075	art. 17(2)	695, 705
		Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3	
		art. 40	1005

	PAGE		PAGE
art. 49(1)	1005	art. 29(1)	3
art. 148	1005	art. 29(2)	3
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10		art. 30	3
art. 5	425	art. 31(1)	3
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38		art. 31(2)	3
art. 7(1)	695, 705	Règlement de pêche général de la Colombie-Bri- tannique, DORS/84-248	
Loi sur la Société du barreau, L.R.O. 1980, ch. 233		art. 4	1075
art. 51(7)	1005	art. 12(1)	1075
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1		art. 12(2)	1075
art. 178	121	art. 27(1)	1075
art. 179	121	art. 27(4)	1075
Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411		Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815	
art. 1 à 11	1366	art. 9	1025
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5		art. 37	1025
art. 88	901, 1025	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6		art. 7	219
art. 88	901	art. 50	219
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14		art. 51(12)	219
art. 34	1075		
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228		S	
art. 14	282	School Act, R.S.A. 1980, ch. S-3	
art. 102(9)	282	art. 13	342
art. 102(13)	282	art. 158	342
art. 106	282	art. 159	342
art. 108	282		
art. 114	282	T	
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1		Traité de Paris (1763)	1025
art. 5	1020	Traité n° 8 (1899)	901
P			
Proclamation royale, 1763	1025	W	
R		Wildlife Act, R.S.A. 1980, ch. W-9	
R.R.O. 1980, Rég. 649		art. 1s)	901
art. 28	3	art. 18	901
		art. 42	901

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law: A Comprehensive Text</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.....	1318, 1322
Andrews, John A. and Michael Hirst. <i>Criminal Evidence</i> . London: Waterlow Publishers, 1987.....	727
Anstie, R. H. "The Historical Development of Pledge Lending in Canada", Part I, <i>The Canadian Banker</i> 74, 2 (Summer 1967): 81-89; Part II, <i>The Canadian Banker</i> 74, 3 (Autumn 1967): 35-44.....	134
Archibald, Bruce P. "Le droit relatif à l'arrestation". Dans Vincent M. Del Buono, éd., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleurs/Sorej, 1983	179
Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1982.....	179
Arnould, Sir Joseph. <i>Arnould's Law of Marine Insurance and Average</i> , vol. II. 16th ed. by Sir Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman. London: Stevens, 1981.....	814
Aronson, Mark and Nicola Franklin. <i>Review of Administrative Action</i> , 2nd ed. Sydney: Law Book Co., 1987..	304
Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. <i>On Criminal Procedure</i> . Translated by Joseph Muskatel. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982	179
Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. <i>Traité de procédure pénale</i> , t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981	179
Benyekhlef, K. <i>Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada</i> . Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1988	332
Berger, Mark. <i>Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination</i> . Toronto: Lexington Books, 1980	557
Blache, Pierre et Suzanne Comtois. "La décision institutionnelle" (1986), 16 <i>R.D.U.S.</i> 645.....	328
Blackman, Julie. "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the Representation of Battered Women Who Kill" (1986), 9 <i>Women's Rights Law Reporter</i> 227.....	881
Blumrosen, Alfred A. "The Worker and Three Phases of Unionism: Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship" (1963), 61 <i>Mich. L. Rev.</i> 1435.....	1351
Bogert, George Gleason, and George Taylor Bogert. <i>The Law of Trusts and Trustees</i> , 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979	103
Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. <i>Canadian Labour Arbitration</i> . Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977	954
Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. <i>La pornographie et la prostitution au Canada: rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution</i> . Ottawa: Le Comité, 1985.....	1192
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 5. <i>Le dédommagement et l'indemnisation</i> . Ottawa: Information Canada, 1974	1013

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 16. <i>Responsabilité pénale et conduite collective</i> . Ottawa: La Commission, 1976	509
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. <i>Droit administratif: Les commissions d'enquête</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1977	584, 1411, 1421
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 47. <i>La surveillance électronique</i> . Ottawa: Commission de réforme de droit, 1986	39
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 3. <i>Notre droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1976	509
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 13. <i>Les commissions consultatives et les commissions d'enquête</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1979	1403
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1987	1156
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 32. <i>Notre procédure pénale</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1988	184
Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme</i> , Livre II. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1968 ...	362
Canada. Consommation et Corporations Canada. <i>Modifications de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Documentation de base et notes explicatives</i> , 1984	527
Canada. Consumer and Corporate Affairs Canada. <i>Combines Investigation Act Amendments 1984: Background Information and Explanatory Notes</i> , 1984	527
Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. <i>In All Fairness: A Native Claims Policy — Comprehensive Claims</i> . Ottawa: 1981	1105
Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. <i>Statement of the Government of Canada on Indian Policy</i> . Ottawa: 1969	1103
Canada. Law Reform Commission. Report 3. <i>Our Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1976	509
Canada. Law Reform Commission. Report 13. <i>Report on Advisory and Investigatory Commissions</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1979	1403
Canada. Law Reform Commission. Report 31. <i>Recodifying Criminal Law</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1987	1156
Canada. Law Reform Commission. Report 32. <i>Our Criminal Procedure</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1988	184
Canada. Law Reform Commission. <i>Search and Seizure Under the Income Tax Act</i> . A study paper prepared by Neil Brooks and Judy Fudge, 1985	636
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 5. <i>Restitution and Compensation</i> . Ottawa: Information Canada, 1974	1013
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 16. <i>Criminal Responsibility for Group Action</i> . Ottawa: The Commission, 1976	510
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. <i>Administrative Law: Commissions of Inquiry: A New Act</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1977	584, 1411, 1421
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 47. <i>Electronic Surveillance</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1986	39
Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. <i>En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales</i> . Ottawa: 1981	1105
Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. <i>La politique indienne du gouvernement du Canada</i> . Ottawa: 1969	1103
Canada. Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. <i>Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism</i> , Book II. Ottawa: Queen's Printer, 1968	362

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Pornography and Prostitution in Canada: report of the Special Committee on Pornography and Prostitution</i> . Ottawa: The Committee, 1985	1192
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Legal Aid in Canada 1985</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.....	214
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>L'aide juridique au Canada 1985</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986	214
Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791, 2nd and rev. ed., Part I. Edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty, 1918. Ottawa: King's Printer.....	1062
Carr, James G. <i>The Law of Electronic Surveillance</i> . New York: Clark Boardman, 1977	38
Chevrette, François. "La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive. Dans Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1989.....	569
Chevrette, François. "Protection Upon Arrest or Detention and Against Retroactive Penal Law". In Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989	569
Christie, Innis and Paul Pross. <i>Introduction to Commissions of Inquiry</i> . Toronto: Carswells, 1990	1410
Clark, Julia Penny. "The Duty of Fair Representation: A Theoretical Structure" (1973), 51 <i>Tex. L. Rev.</i> 1119.....	1352
Clement, W. H. P. <i>The Law of the Canadian Constitution</i> , 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916	1103
Colden, Cadwallader. <i>The History of the Five Indian Nations of Canada</i> . London: T. Osborne, 1747	1055
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 560.....	1172
Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1981	947, 974
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.....	1160
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984	1160
Couch, George James. <i>Cyclopedia of Insurance Law</i> , vol. 14, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982	811
Crane, Brian. Case Comment (1988), 1 <i>C.J.A.L.P.</i> 215	298
Crocker, Phyllis. "The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill Men in Self-Defense" (1985), 8 <i>Harv. Women's L.J.</i> 121	890
Cross on Evidence, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985	747
Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight." In <i>The Spirit of the Alberta Indian Treaties</i> . Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979	908
Davis, Kenneth Culp. <i>Administrative Law Text</i> , 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972	534
de Montigny, Yves. "La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: un premier bilan" (1989), 49 <i>R. du B.</i> 53	592
de Smith, S. A. <i>de Smith's Judicial Review of Administrative Action</i> . 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.....	303, 322, 339, 685
<i>Debates of the Houses of Commons</i> , 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985, vol. V, p. 6374	1213
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} Sess., 33 ^e Parl., 34 Eliz. II, 1985, vol. V, p. 6374.....	1213
Delisle, R. J. "Evidence — Judicial Discretion and Rules of Evidence — Canada Evidence Act, s. 12: <i>Corbett v. The Queen</i> " (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 706	560
Delisle, R. J. <i>Evidence: Principles and Problems</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989	898

Dorsey, James E. <i>Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice</i> . Toronto: Carswells, 1983	1314
Duncan, Lewis. <i>Bankruptcy in Canada</i> , 3rd ed. By Lewis Duncan and John D. Honsberger. Toronto: Canadian Legal Authors, 1961	1015
Dussault, René and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswells, 1985	304
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. 1, 2 ^e éd. Québec: Les Presses de l'université Laval, 1984	304
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Québec: Les Presses de l'université Laval, 1989	670
Ewing, Charles Patrick. <i>Battered Women Who Kill</i> . Lexington, Mass.: Lexington Books, 1987	886
Falconbridge, John Delatre. <i>Banking and Bills of Exchange</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1929	136
Falconbridge, John Delatre. <i>Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange</i> , vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986	138
Feldman, David. <i>The Law Relating to Entry, Search and Seizure</i> . London: Butterworths, 1986	173
Forbes, J. R. S. <i>Similar Facts</i> . Sydney: Law Book Co., 1987	724
Foster, Sir Michael. <i>Crown Law</i> . Oxford, 1762	723
Fumoleau, René. <i>As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939</i> . Toronto: McClelland and Stewart, 1973	909
Gagnon, Jean-Denis. "Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois" (1981), 41 <i>R. du B.</i> 639	1353
Gagnon, Robert P. <i>Droit du travail</i> . Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989, vol. 6. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1988	1346
Gagnon, Robert P., Louis LeBel and Pierre Verge. <i>Droit du travail en vigueur au Québec</i> . Québec: Presses de l'université Laval, 1971	1314
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> . Québec: Presses de l'université Laval, 1987	1348
Galbraith, John Alexander. <i>Canadian Banking</i> . Toronto: Ryerson Press, 1970	139
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , 2 ^e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985	304
Garneau, François Xavier. <i>Histoire du Canada français</i> , t. 3. Montréal: Les Amis de l'Histoire, 1969	1041
Goldsmith, Daena A. "A Survey of the Collateral Source Rule: The Effects of Tort Reform and Impact on Multistate Litigation" (1988), 53 <i>J. Air L. & Com.</i> 799	968
Gorecki, Paul K. and W. T. Stanbury. "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement, 1889-1976". In J. Robert S. Prichard, W. T. Stanbury and Thomas A. Wilson, eds., <i>Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics</i> . Toronto: Butterworths, 1979	513
Grange, Samuel. "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?" (1990), 12 <i>Dalhousie L.J.</i> 151	1426
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 2, 4th ed. London: Butterworths, 1976	232
Hampton, Celia. <i>Criminal Procedure</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982	173
Hickey, Lynn, Richard L. Lightning and Gordon Lee, "T.A.R.R. Interview with Elders Program". In <i>The Spirit of the Alberta Indian Treaties</i> . Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979	911
Hoffmann, L. H. "Similar Facts After <i>Boardman</i> " (1975), 91 <i>L.Q.R.</i> 193	744
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985	1389
Jésuites. <i>Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France</i> , vol. 2. Québec: Augustin Côté, 1858	1070
Johnson, Sir William. <i>The Papers of Sir William Johnson</i> , vols. I, III, X, XIII. Prepared for publication by the Division of Archives and History of the University of the State of new York. Albany: University of the State of New York, 1921 to 1962	1053, 1054, 1055, 1058

Kintner, Earl W. and William P. Kratzke. <i>Federal Antitrust Law</i> , vol. VI. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1986.....	531
Knox, John. <i>An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760</i> , vol. II. London, 1769.....	1051
Knox, John. <i>Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760</i> , vol. III. Toronto: Champlain Society, 1916.....	1058
La Forest, G. V. <i>Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1969.....	914
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.....	175, 532
Laird, David, J. Ross and J. McKenna. "Report of Commissioners for Treaty No. 8." In <i>Treaty No. 8 Made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc.</i> Ottawa: Reprinted by Queen's Printer, 1966.....	910
Laird, David, J. Ross et J. McKenna. "Rapport des commissaires sur le traité n° 8." Dans <i>Traité n° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1981.....	910
Le Dain, Gerald E. "The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System", in Jacob S. Ziegel (ed.), <i>Law and Social Change</i> . Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 1973.....	1410
Lederman, W. R. "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 <i>McGill L.J.</i> 185.....	151
Leigh, L. H. <i>Police Powers in England and Wales</i> . London: Butterworths, 1975.....	172
Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 <i>Can. Legal Aid Bul.</i> 99.....	1112
Lockwood, Thomas J. "A History of Royal Commissions" (1967), 5 <i>Osgoode Hall L. J.</i> 172.....	1410
Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 95.....	1105
Macdonald, R. A. "The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law" (1980), 18 <i>Alberta L. Rev.</i> 366.....	1410, 1424
MacKay, A. Wayne. "Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry" (1990), 12 <i>Dalhousie L.J.</i> 29.....	1423
MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 <i>Can. Bar Rev.</i> 561.....	1039
Mailhot, Louise. "La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels — commentaires", dans Rodrigue Blouin et autres (ed.), <i>Le Code du travail, 15 ans après ...</i> Québec: Presses de l'université Laval, 1979.....	1363
Maillet, Lise. <i>Commissions royales provinciales et commissions d'enquête, 1867-1982: Bibliographie sélective</i> . Ottawa: Bibliothèque nationale du Canada, 1986.....	1422
Maillet, Lise. <i>Provincial Royal Commissions and Commissions of Inquiry, 1867-1982: A Selective Bibliography</i> . Ottawa: National Library of Canada, 1986.....	1422
Matteau, Colette. "La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels — commentaires", dans Rodrigue Blouin et autres (ed.), <i>Le Code du travail du Québec, 15 ans après ...</i> Québec: Presses de l'université Laval, 1979.....	1361
McCalla, Winston. <i>Search and Seizure in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1984.....	180
McClellan, A. J. "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — <i>Pettkus v. Becker</i> " (1982), 16 <i>U.B.C. Law Rev.</i> 155.....	102
McLachlin, B. M. "What Price Disability? A Perspective on the Law of Damages for Personal Injury" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	946
McLeod, James. Annotation to <i>Benke v. Benke</i> (1986), 4 R.F.L. (3d) 58.....	89
McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 <i>Supreme Court L.R.</i> 255.....	1092

Molot, Henry. "Employment During Good Behaviour or at Pleasure" (1989), 2 <i>C.J.A.L.P.</i> 238.....	675
Montcalm, Louis-Joseph. <i>Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759</i> . Publié sous la direction de H.-R. Casgrain. Québec: Imprimerie De L.-J. Demers & Frère, 1895.....	1054
Moodie, William. "Accounts Receivable, Section 88 Of the Bank Act, And Inventory Financing — A Banker's View", Meredith Memorial Lectures, 1967 Series, McGill University Faculty of Law. <i>Security in Moveable Property</i> . Montreal: Wilson & LaFleur Ltd., 1967.....	138
Morin, Fernand et Rodrigue Blouin. <i>Arbitrage des griefs</i> . Montréal: Yvon Blais, 1986.....	1360
Morin, Fernand. <i>Rapports collectifs du travail</i> . Montréal: Thémis, 1982.....	1345
Morissette, Yves-Marie. <i>Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse</i> (1986), 16 <i>R.D.U.S.</i> 591.....	327
Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 <i>Can. Bar Rev.</i> 242.....	134
Murray, James. <i>Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec</i> . Toronto: Rous & Mann Ltd., 1939.....	1055
New York (State). Governor's Advisory Commission on Liability Insurance. <i>Insuring our Future: Report of the Governor's Advisory Commission on Liability Insurance</i> . New York: The Commission, 1986.....	968
O'Callaghan, E. B., ed. <i>Documents relative to the Colonial History of New York</i> , vol. VII. Albany, N.Y.: Weed, Parsons and Co., 1856.....	1054
O'Chiese, Peter, et al. "Interviews with Elders." In <i>The Spirit of the Alberta Indian Treaties</i> . Edited by Richard Price. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1979.....	911
Ontario. Advisory Council on the Status of Women. <i>Pornography and Prostitution</i> , 1984.....	1193
Ontario. Commission de réforme du droit de l'Ontario, <i>Report on Family Law</i> , Partie IV. Toronto: Commission de réforme du droit, 1974.....	81
Ontario. Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario. <i>Report of Inquiry into Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario</i> . (Coulter Commission.) Toronto: Ministry of the Attorney General, 1988.....	977
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Compensation for Personal Injuries and Death</i> . Toronto: The Commission, 1987.....	980
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Family Law</i> , Part IV. Toronto: Law Reform Commission, 1974.....	81
Ontario. Legislative Assembly of Ontario. <i>Hansard. Official Report of Debates</i> . Second Session, 34th Parliament. Toronto: Legislative Assembly of Ontario, 1989.....	1414
Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. <i>Royal Commission Inquiry into Civil Rights</i> , vol. 5, Report No. 3. Toronto: The Queen's Printer, 1971.....	291, 319, 329
Ontario. Royal Commission on Civil Rights. <i>Royal Commission Inquiry into Civil Rights</i> . Report No. 1, vol. 2. Toronto: Queen's Printer, 1968.....	1288
Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. <i>A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts</i> , 3rd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	91
Ortolan, Eugène. <i>Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations</i> . Paris: Amyot, 1851.....	1037
Ouellette, Yves. "La Charte canadienne et les tribunaux administratifs" (1984), 18 <i>R.J.T.</i> 295.....	592
Paciocco, D. M. "The Remedial Constructive Trust: A Principled Bases for Priorities over Creditors" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 315.....	103
Paciocco, D. M. <i>Charter Principles and Proof in Criminal Cases</i> . Toronto: Carswells, 1987.....	584
Paikin, Lee. "La norme du "caractère raisonnable" dans le droit de la perquisition et de la saisie". Dans Vincent M. Del Buono, éd., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & LaFleur/Sorej, 1983.....	179

Paikin, Lee. "The Standard of "Reasonableness" in the Law of Search and Seizure". In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada</i> Toronto: Butterworths, 1982.....	179
Palmer, Earl E. <i>Collective Agreement Arbitration in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	954
Parizeau, Alice and Denis Szabo. <i>The Canadian Criminal-Justice System</i> . Translated, revised and edited by Dorothy R. Crelinsten. Toronto: Lexington Books, 1977.....	22
Parizeau, Alice et Denis Szabo. <i>Le traitement de la criminalité au Canada</i> . Montreal: Les Presses de l'université de Montréal, 1977.....	22
Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 207.....	1092
Pépin, Gilles et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.....	304, 682
Pettit, Philip H. <i>Equity and the Law of Trusts</i> , 4th ed. London: Butterworths, 1979.....	101
<i>Phipson on Evidence</i> , 12th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976.....	741
Québec. Archives de Québec. <i>Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924</i> . Québec: Imprimeur de Sa Majesté le Roi, 1924.....	1054
Ratelle, Maurice. <i>Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours</i> . Publié en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux Affaires autochtones, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987.....	1055
Ratushny, Ed. <i>Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	471, 541
Ray, Arthur J. <i>Commentary on Economic History of Treaty 8 Area</i> (Department of History, University of British Columbia, 1985) [Unpublished/Inédit].....	908, 928
Reid, Alan D. and Alison Harvison Young. "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 <i>Queen's L.J.</i> 392.....	507, 645
Robilliard, St John Anthony and Jenny McEwan. <i>Police Powers and the Individual</i> . Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1986.....	173
Rostow, Eugene V. <i>Planning for Freedom: The Public Law of American Capitalism</i> . New Haven: Yale University Press, © 1959, 1962.....	513
Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. <i>Ontario Labour Relations Board Law and Practice</i> . Toronto: Butterworths, 1985.....	295
Salhany, Roger E. <i>The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation</i> , 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.....	180
Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.....	1105
Sanderson, John P. <i>The Art of Collective Bargaining</i> . Toronto: De Boo, 1979.....	956
Schauer, Frederick. <i>Free Speech: A Philosophical Enquiry</i> . New York: Cambridge University Press, 1982.....	1180
Schiff, Stanley A. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.....	898
Schwartz, Bryan. <i>First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft</i> . Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986.....	1108
Scott, Austin Wakeman. <i>Law of Trusts</i> , vol. 5, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1967.....	102
Scott, Austin Wakeman, and William Franklin Fratcher. <i>The Law of Trusts</i> , vol. 5, 4th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1989.....	83
Segal, Murray D. "R. v. Hufsky: Random Spot Check Programmes" (1989), 1 <i>J.M.V.L.</i> 34.2.....	1285
Sellar, Watson. "A Century of Commissions of Inquiry" (1947), 25 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	1410
Sklar, Ronald B. "Similar Fact Evidence — Catchwords and Cartwheels" (1977), 23 <i>McGill L.J.</i> 60.....	727

Slattery, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 <i>Am. J. of Comp. Law</i> 361	1108
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727	1105
Stagg, Jack. <i>Anglo-Indian Relations in North America to 1763</i> . Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981	1054
Stuart, Don. Annotation (<i>R. v. Wigglesworth</i>) (1984), 38 C.R. (3d) 388	11
Symons, Julian. "Orwell's Prophecies: The Limits of Liberty and the Limits of Law" (1984), 9 <i>Dalhousie L.J.</i> 115	1162
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988..	1152
Trotter, Gary T. Annotation (1987), 58 C.R. (3d) 138	1242
United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Sixteenth Report, <i>Prostitution in the Street</i> , Cmnd 9329. London: Her Majesty's Stationery Office, 1984	1198
United Kingdom. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. <i>Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury</i> (1978), Cmnd. 7054, I-III...	975
United States of America. Attorney General. <i>Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability</i> . February 1986	968
Vattel, Emer de. <i>Le droit des gens ou principes de la loi naturelle</i> , t. II, livre III. Londres, 1758 [reproduit dans les <i>Classics of the International Law</i> . Geneva: Slatkine Reprint — Henry Dunant Institute, 1983]...	1037
Vattel, Emer de. <i>The Law of Nations or the Principles of Natural Law</i> , vol. II, book III. London, 1758. Translation of the Edition of 1758 by Charles G. Fenwick [reprinted in the <i>Classics of the International Law</i> . Geneva: Slatkine Reprints — Henry Dunant Institute, 1983]	1037
Wade, H. W. R. <i>Administrative Law</i> , 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977	305
Wade, H. W. R. <i>Administrative Law</i> , 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982	672
Walker, Lenore E. <i>The Battered Woman</i> . New York: Harper & Row, 1979	878
Walker, Lenore E. <i>The Battered Woman Syndrome</i> , vol. 6. New York: Springer Pub. Co., 1984	878
Wardle, Peter. " <i>R. v. Abbey</i> and Psychiatric Opinion Evidence: Requiring the Accused to Testify" (1984), 17 <i>Ottawa L. Rev.</i> 116	899
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984	102
Waters, Donovan. Comment (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 366	84
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswells, 1980....	1351
<i>Wharton's Criminal Procedure</i> , vol. 1, 12th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Ltd., 1974	175
Whitebread, Charles H. <i>Criminal Procedure: An analysis of Constitutional Cases and Concepts</i> . Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980	175
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961	471
Wilkins, James L. <i>Legal Aid in the Criminal Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1975	209
Willoughby, M. J. "Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills Her Sleeping Batterer" (1989), 38 <i>Kan. L. Rev.</i> 169	883
Wilson, Stephen V. and A. Howard Matz. "Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods" (1977), 14 <i>Am. Crim. L. Rev.</i> 651	524

Jack William Wilson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WILSON

File No.: 20332.

1989: November 6; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Traffic checks occurring outside of program for checking vehicles but within a certain informal pattern — Statute requiring motorist to give specified information to officer on being stopped — Driver stopped near hotel shortly after closing — Driver found to be impaired — Whether or not stop authorized by statute — Whether or not traffic check violating s. 9 of the Charter — If so, whether or not saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

A policeman stopped appellant, even though he had no reason to believe he was doing anything wrong. The stop was not part of Alberta's Checkstop Programme but it was part of a floating stopcheck in a given area on the part of the officer. The vehicle was registered out-of-province and was a block away from a small town hotel whose bar had just closed; the officer did not recognize either the vehicle or any of the three men in the front seat. Appellant showed signs of impairment, failed a breathalyzer test, and was charged with and convicted of impaired driving. Appeals to the Alberta Court of Queen's Bench and to the Alberta Court of Appeal were dismissed. At issue here is whether the officer had authority, statutory or at common law, to stop appellant's vehicle and, if so, whether his actions violated s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were justified under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.: The police officer's actions in stopping

Jack William Wilson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. WILSON

N° du greffe: 20332.

1989: 6 novembre; 1990: 31 mai.

b

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

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

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vérifications effectuées sur les routes en dehors d'un programme de vérification de véhicules mais selon une certaine façon informelle de procéder — Loi exigeant que le conducteur fournisse certains renseignements à l'agent lorsqu'il est interpellé — Conducteur interpellé près d'un hôtel peu après l'heure de fermeture — Conducteur trouvé en état d'ébriété — L'interpellation est-elle autorisée par la loi? — La vérification effectuée sur la route viole-t-elle l'art. 9 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle sauvegardée par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

Un agent de police a interpellé l'appellant même s'il n'avait aucune raison de croire que l'appellant faisait quelque chose de mal. L'interpellation a eu lieu non pas dans le cadre du Programme de contrôles routiers de l'Alberta mais dans le cadre d'un contrôle routier effectué alors que l'agent circulait dans un secteur donné. Le véhicule portait des plaques d'immatriculation de l'extérieur de la province et se trouvait à un pâté de maisons d'un hôtel d'une petite ville, dont le bar venait tout juste de fermer; l'agent n'a reconnu ni le véhicule ni aucun des trois hommes qui occupaient la banquette avant. L'appellant montrait des signes d'intoxication, a échoué un alcootest et a été accusé et reconnu coupable de conduite en état d'ébriété. Des appels à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et à la Cour d'appel de l'Alberta ont été rejetés. Il s'agit de savoir si l'agent avait le pouvoir, en vertu de la loi ou de la common law, d'intercepter le véhicule de l'appellant et, dans l'affirmative, de savoir si ses actes ont violé l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient justifiés en vertu de l'article premier.

j

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Les actes accomplis par l'agent de police en

the appellant were statutorily authorized by s. 119 of the *Highway Traffic Act*. The section requires a driver not merely to surrender his licence on demand, but when “signalled or requested to stop”, to “bring his vehicle to a stop and furnish any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires”. The language of the section, while imposing duties upon motorists rather than conferring powers on the police, is broad enough to authorize random stops of motorists by police officers.

The police stop here was not arbitrary and did not violate s. 9 of the *Charter*. It was not random but based on the fact—which merits consideration in a rural setting—that appellant was driving away from a hotel shortly after closing time. This police stop, even if it were to be considered a random stop and as such constitute an arbitrary detention in violation of s. 9, was justified under s. 1 for the reasons given in *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and Sopinka JJ.: Section 119 on its face purports to authorize a random stop and, for the reasons given in *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, must be interpreted to permit the stopping of a motor vehicle when there is an articulable cause. There was such cause in this case and the officer acted in accordance with statutory authority. The detention was therefore not arbitrary and the evidence leading to conviction was properly admitted.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257;
referred to: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9.
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 76 A.R. 315, dismissing an

interpellant l'appelant étaient autorisés par l'art. 119 de la *Highway Traffic Act*. L'article n'exige pas simplement qu'un conducteur remette son permis sur demande, mais que [TRADUCTION] «[à] la suite d'une demande ou de signaux en ce sens», il «immobilise [. . .] son véhicule et fourni[sse] tous les renseignements que demande l'agent de la paix au sujet du conducteur ou du véhicule». Bien qu'il impose des obligations aux automobilistes plutôt que de conférer des pouvoirs à la police, le texte de cet article est suffisamment général pour autoriser les interpellations au hasard d'automobilistes par les agents de police.

L'interpellation par la police en l'espèce n'était pas arbitraire et ne violait pas l'art. 9 de la *Charte*. Elle n'a pas été effectuée au hasard, mais était fondée sur le fait—qui mérite d'être considéré dans le contexte d'une communauté rurale—que l'appelant roulait en provenance d'un hôtel peu après l'heure de fermeture. Cette interpellation par la police, même si elle devait être considérée comme effectuée au hasard et constituer comme telle une détention arbitraire au sens de l'art. 9, était justifiée en vertu de l'article premier pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et Sopinka: À première vue, l'art. 119 semble autoriser une interpellation au hasard et, pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, il faut l'interpréter comme autorisant l'interception d'un véhicule à moteur quand il existe un motif précis de le faire. Il existait un tel motif en l'espèce et l'agent de police a agi conformément au pouvoir que lui conférait la loi. La détention n'était donc pas arbitraire et les éléments de preuve qui ont entraîné la déclaration de culpabilité ont été admis à bon droit.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; **arrêt mentionné:** *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9.
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 76 A.R. 315, qui a rejeté

appeal from a judgment of Holmes J. dismissing an appeal from conviction by Schollie Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Kevin M. Sproule, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard together with *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, and judgments in these two appeals are being released concurrently. The appellant challenged his conviction for impaired driving on the basis that the police officer who stopped him did not have the statutory authority to do so under s. 119 of Alberta's *Highway Traffic Act*, R.S.A. 1980, c. H-7, and that in any case, such a stop was contrary to s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The police officer, while on patrol, stopped the appellant upon observing him late at night, in the vicinity of a bar, in a vehicle with out-of-province plates.

In his reasons, Cory J. considered s. 119 and determined that it authorizes random stops. While acknowledging that a random stop violates s. 9 of the *Charter*, Cory J. would uphold s. 119 under s. 1 for the reasons he gave in *Ladouceur*. Cory J. also disposed of the appeal on the basis that the stop in this case was not arbitrary because the police officer in this case had an articulable cause for stopping the appellant.

I agree that on its face, s. 119 purports to authorize a random stop. For the reasons which I gave in *Ladouceur*, I am further of the opinion that it must be interpreted to permit a stopping of a motor vehicle when there is an articulable cause. I agree with Cory J. that in this case, there was such cause and the officer acted in accordance with statutory authority. The detention was there-

l'appel interjeté contre une décision du juge Holmes qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Schollie de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Kevin M. Sproule, pour l'appellant.

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, et les jugements, dans les deux cas, sont rendus simultanément. L'appelant a contesté sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir conduit alors qu'il était en état d'ébriété, pour le motif que l'agent de police qui l'a interpellé n'avait pas le pouvoir de le faire en vertu de l'art. 119 de la *Highway Traffic Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. H-7, et que, de toute façon, cette interpellation était contraire à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'agent de police, qui était en patrouille, a interpellé l'appelant après l'avoir observé, tard la nuit, aux environs d'un bar, dans un véhicule immatriculé hors de la province.

Dans ses motifs de jugement, le juge Cory a examiné l'art. 119 et conclu que cet article autorise l'interception au hasard des véhicules. Tout en reconnaissant que l'interception au hasard d'un véhicule viole l'art. 9 de la *Charte*, le juge Cory confirmerait la validité de l'art. 119 en vertu de l'article premier pour les motifs qu'il a exposés dans l'arrêt *Ladouceur*. Le juge Cory a aussi tranché le pourvoi en affirmant que l'interpellation en l'espèce n'était pas arbitraire puisque l'agent de police avait un motif précis d'interpeller l'appelant.

Je reconnais qu'à première vue l'art. 119 semble autoriser une interpellation au hasard. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Ladouceur*, je suis de plus d'avis qu'il faut l'interpréter comme autorisant l'interception d'un véhicule à moteur quand il existe un motif précis de le faire. Je souscris à l'avis du juge Cory qu'en l'espèce il existait un tel motif et que l'agent de police a agi

fore not arbitrary and the evidence leading to conviction was properly admitted.

I would therefore dismiss the appeal.

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

CORY J.—This appeal was heard immediately following that of *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257. It raises the same issue as to the constitutional validity of unprogrammed random stopping of drivers by police officers. It must be resolved in the same manner as *Ladouceur* for the reasons expressed in that case.

On November 17, 1985 at about 12:40 a.m., a police officer stopped the appellant, Jack Wilson, who was driving his “four-by-four” pick-up truck on a street in the town of Stettler, Alberta. The officer, Constable Peter MacFarlane, testified that he had no reason to believe that the appellant was doing anything unlawful. He stated that he stopped the appellant’s vehicle for the following reasons: the vehicle was a block away from one of the hotels; the bars at the hotels had just closed; there were three men in the front seat of the vehicle; the vehicle had out-of-province licence plates; and he recognized neither the vehicle nor its occupants. Constable MacFarlane testified that, though he was looking for impaired drivers, he was not doing this in the fashion commonly followed by police officers under Alberta’s Check-stop Programme. He testified:

Certain individuals stop the police car, put up signs, Alberta Stopcheck, etc., and stop cars as they approach a stopped member and consider that to be a stopcheck. Myself while on night patrol I will pick a certain area, let’s say 51st Avenue for example and drive back and forth on that stopping individuals on that particular street, and I consider that myself to be a stopcheck, although I’m not in one permanent position, I’m more or less floating on that street.

conformément au pouvoir que lui conférait la loi. La détention n’était donc pas arbitraire et les éléments de preuve qui ont entraîné la déclaration de culpabilité ont été admis à bon droit.

^a Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

^b Version française du jugement des juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

^c LE JUGE CORY—Le présent pourvoi a été entendu immédiatement après l’affaire *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257. Il soulève la même question de la constitutionnalité des interpellations au hasard des conducteurs effectuées par des agents de police en dehors d’un programme structuré. Elle doit être tranchée de la même manière que dans l’arrêt *Ladouceur* pour les ^d motifs qui y sont exprimés.

^e Le 17 novembre 1985 vers 0 h 40, un agent de police a interpellé l’appelant, Jack Wilson, qui conduisait sa camionnette à quatre roues motrices sur une rue de la ville de Stettler en Alberta. L’agent Peter MacFarlane a déposé qu’il n’avait aucune raison de croire que l’appelant commettait un acte illégal. Il a dit qu’il avait intercepté le véhicule de l’appelant pour les motifs suivants: le ^f véhicule se trouvait à un pâté de maisons de l’un des hôtels; les bars des hôtels venaient tout juste de fermer; trois hommes occupaient le siège avant du véhicule; le véhicule portait des plaques d’immatriculation de l’extérieur de la province; et il n’avait ^g reconnu ni le véhicule ni ses occupants. L’agent MacFarlane a témoigné que même s’il surveillait les conducteurs en état d’ébriété, il ne le faisait pas de la manière habituellement adoptée par les ^h agents de police dans le cadre du Programme de contrôles routiers de l’Alberta. Il a témoigné:

ⁱ [TRADUCTION] Certaines personnes immobilisent la voiture de police, placent des affiches, Contrôle routier de l’Alberta, etc., et interceptent les voitures qui arrivent près d’un policier à l’arrêt et considèrent qu’il s’agit d’un ^j contrôle routier. Lorsque je suis en patrouille de nuit, je choisis un certain secteur, par exemple la 51^e avenue et je circule sur celle-ci en vue d’interpeller les personnes sur cette rue en particulier et je considère que j’effectue des contrôles routiers bien que je ne sois pas dans une position stationnaire, je suis plus ou moins en mouvement sur cette rue.

When signalled, the appellant pulled his pick-up over to the side of the road, got out and approached Constable MacFarlane. The constable detected signs of impairment, namely, the odour of alcohol on the appellant's breath, the difficulty the appellant had in removing his driver's licence from his wallet and his watery eyes. The constable asked the appellant to accompany him to the police car and to provide a sample of his breath for the roadside A.L.E.R.T. device. The appellant complied and twice registered a "fail" reading.

As a result of the A.L.E.R.T. readings, Constable MacFarlane arrested the appellant, read him a breathalyzer demand and informed him of his right to retain and instruct counsel without delay. At the police station, the appellant provided breath samples that tested at 130 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood. The appellant was charged with driving over .08 and driving while impaired.

On January 16, 1986, at his trial in Alberta Provincial Court, Schollie Prov. Ct. J. refused to accept the appellant's arguments that he had been arbitrarily detained and convicted him of driving while over .08. His appeal was dismissed by Holmes J. of the Alberta Court of Queen's Bench on June 4, 1986. He held that s. 119 of Alberta's *Highway Traffic Act*, R.S.A. 1980, c. H-7, authorized the constable to stop the appellant and request information concerning the vehicle. He noted that "there were some circumstances, albeit minor ones, for being suspicious that the driver might be impaired". The Alberta Court of Appeal dismissed the appellant's appeal. In a brief judgment handed down on February 3, 1987 it concluded:

We consider that the time and location of the incident justified the constable's action under the *Police Act* of this Province and under Section 119 of the *Highway Traffic Act*.

The appellant based his appeal to this Court on two submissions. First, he contended that Constable MacFarlane had no statutory or common

Lorsqu'on lui a fait signe, l'appelant a rangé sa camionnette sur le bord de la route, est descendu et s'est approché de l'agent MacFarlane. L'agent a décelé des signes d'intoxication, savoir une odeur d'alcool exhalée par l'appelant, la difficulté qu'a éprouvée l'appelant pour retirer son permis de conduire de son portefeuille et ses yeux larmoyants. L'agent a demandé à l'appelant de l'accompagner jusqu'à la voiture de police et de lui fournir un échantillon de son haleine pour les fins de l'alcootest appelé A.L.E.R.T. L'appelant a obtempéré et a échoué le test à deux reprises.

Par suite des résultats de l'alcootest A.L.E.R.T., l'agent MacFarlane a arrêté l'appelant, lui a lu la demande d'alcootest et l'a informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Au poste de police, l'appelant a fourni des échantillons d'haleine qui ont révélé la présence de 130 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. L'appelant a été accusé de conduite alors que son alcoolémie était supérieure à .08 et de conduite en état d'ébriété.

Le 16 janvier 1986, lors de son procès devant la Cour provinciale de l'Alberta, le juge Schollie a refusé de faire droit aux arguments de l'appelant selon lesquels il avait été détenu arbitrairement et l'a déclaré coupable d'avoir conduit alors que son alcoolémie était supérieure à .08. Son appel a été rejeté par le juge Holmes de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta le 4 juin 1986. Il a statué que l'art. 119 de la *Highway Traffic Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. H-7, autorisait l'agent à interpellier l'appelant et à lui demander des renseignements concernant le véhicule. Il a fait remarquer que [TRADUCTION] «il y avait certaines circonstances qui, même si elles étaient mineures, permettaient de soupçonner que le conducteur pouvait être en état d'ébriété». La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de l'appelant. Dans un bref arrêt rendu le 3 février 1987, elle a conclu:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que le moment et le lieu de l'incident justifiaient l'action de l'agent aux termes de la *Police Act* de cette province et aux termes de l'article 119 de la *Highway Traffic Act*.

L'appelant a fondé son pourvoi devant notre Cour sur deux moyens. D'abord, il a soutenu que l'agent MacFarlane n'avait pas, que ce soit en

law authority to stop his vehicle. Second, he argued that even if Constable MacFarlane's actions were authorized by statute or common law, they violated s. 9 of the *Charter* and could not be justified under s. 1.

With respect to the first point, the appellant argued that s. 119 of Alberta's *Highway Traffic Act* is similar to the statutory provisions considered in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and does not grant statutory authority for random stops. I cannot accept that contention. Section 119 of the Act reads:

119 A driver shall, immediately upon being signalled or requested to stop by a peace officer in uniform, bring his vehicle to a stop and furnish any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires and shall not start his vehicle until he is permitted to do so by the peace officer.

Though s. 119 imposes duties upon motorists rather than conferring powers on the police, the language of this section is broad enough to authorize random stops of motorists by police officers. In contrast to the legislative provisions considered in *Dedman, supra*, s. 119 requires a driver not merely to surrender his licence on demand, but when "signalled or requested to stop", to "bring his vehicle to a stop and furnish any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires". Constable MacFarlane's actions in stopping the appellant were therefore statutorily authorized by s. 119 of the *Highway Traffic Act*.

With regard to the second point, the appellant's arguments that the stopping was unconstitutional can be dismissed on two bases. First, if the stopping of the appellant's vehicle is considered to be a random stop then for the reasons given in *Ladouceur, supra*, I would conclude that although the stop constituted an arbitrary detention, it was justified under s. 1 of the *Charter*.

vertu de la loi ou de la common law, le pouvoir d'intercepter son véhicule. Ensuite, il a soutenu que même si les actes de l'agent MacFarlane étaient autorisés par la loi ou par la common law, ils violaient l'art. 9 de la *Charte* et ne pouvaient être justifiés en vertu de l'article premier.

En ce qui a trait au premier moyen, l'appellant a soutenu que l'art. 119 de la *Highway Traffic Act* de l'Alberta est semblable aux dispositions législatives examinées dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et ne confère pas le pouvoir d'effectuer des interpellations au hasard. Je ne puis accepter cet argument. Voici le texte de l'art. 119:

[TRADUCTION] **119** À la suite d'une demande ou de signaux en ce sens de la part d'un agent de la paix en uniforme, le conducteur immobilise immédiatement son véhicule et fournit tous les renseignements que demande l'agent de la paix au sujet du conducteur ou du véhicule et ne doit pas démarrer son véhicule avant que l'agent de la paix ne l'ait autorisé à le faire.

Bien que l'art. 119 impose des obligations aux automobilistes plutôt que de conférer des pouvoirs à la police, le texte de cet article est suffisamment général pour autoriser les interpellations au hasard d'automobilistes par les agents de police. Contrairement aux dispositions législatives examinées dans l'arrêt *Dedman*, précité, l'art. 119 n'exige pas simplement qu'un conducteur remette son permis sur demande, mais que [TRADUCTION] «[à] la suite d'une demande ou de signaux en ce sens», il «immobilise [. . .] son véhicule et fourni[sse] tous les renseignements que demande l'agent de la paix au sujet du conducteur ou du véhicule». Les actes accomplis par l'agent MacFarlane en interpellant l'appellant étaient donc autorisés par l'art. 119 de la *Highway Traffic Act*.

En ce qui a trait au second moyen, les arguments de l'appellant selon lesquels l'interpellation était inconstitutionnelle peuvent être rejetés pour deux motifs. Premièrement, si l'interception du véhicule de l'appellant est considérée comme ayant été effectuée au hasard, alors, pour les raisons données dans l'arrêt *Ladouceur*, précité, je suis d'avis de conclure que, bien qu'elle ait constitué une détention arbitraire, l'interpellation était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Second, in this case the stopping of the appellant was not random, but was based on the fact that the appellant was driving away from a hotel shortly after the closing time for the bar and that the vehicle and its occupants were unknown to the police officer. While these facts might not form grounds for stopping a vehicle in downtown Edmonton or Toronto, they merit consideration in the setting of a rural community. In a case such as this, where the police offer grounds for stopping a motorist that are reasonable and can be clearly expressed (the articulable cause referred to in the American authorities), the stop should not be regarded as random. As a result, although the appellant was detained, the detention was not arbitrary in this case and the stop did not violate s. 9 of the *Charter*.

Unlike *Ladouceur, supra*, neither s. 7 nor s. 8 of the *Charter* were raised in argument. It follows that the question of an unreasonable search or seizure need not be considered in this case.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Grant, Alton & Sproule, Red Deer.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General for Alberta, Edmonton.

Deuxièmement, en l'espèce l'interpellation de l'appellant n'a pas été effectuée au hasard, mais était fondée sur le fait que l'appellant roulait en provenance d'un hôtel peu après l'heure de fermeture des bars et que l'agent de police ne connaissait ni le véhicule ni ses occupants. Bien que ces faits ne puissent pas constituer des motifs pour intercepter un véhicule dans le centre-ville d'Edmonton ou de Toronto, ils méritent d'être considérés dans le contexte d'une communauté rurale. Dans un cas comme celui-ci, lorsque la police présente des motifs d'interpeller un automobiliste qui sont raisonnables et qui peuvent être exprimés clairement (le motif précis dont parle la jurisprudence américaine), l'interpellation ne devrait pas être considérée comme ayant été effectuée au hasard. Par conséquent, bien que l'appelant ait été détenu, la détention n'était pas arbitraire en l'espèce et l'interpellation n'a pas violé l'art. 9 de la *Charte*.

Contrairement à l'arrêt *Ladouceur*, précité, ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la *Charte* n'ont été soulevés dans les arguments. Il en découle que la question d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive n'a pas à être examinée en l'espèce.

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Grant, Alton & Sproule, Red Deer.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Local 50057, Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada and the Public Service Alliance of Canada *Appellants*

v.

François Gendron *Respondent*

INDEXED AS: GENDRON v. SUPPLY AND SERVICES UNION OF THE PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, LOCAL 50057

File No.: 20708.

1990: January 26; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Courts — Jurisdiction — Provincial superior court — Labour relations — Duty of fair representation — Employee commencing action in provincial superior court alleging breach by union of its duty of fair representation — Whether superior court had jurisdiction under the Canada Labour Code to entertain employee's claim — Principles governing duty of fair representation — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 122, 136.1.

Respondent, a member of the appellant union, was the successful candidate for a position for which the employer had posted a notice of vacancy. The three unsuccessful candidates grieved the employer's decision appointing respondent on the ground that the determining factor of previous experience had not been properly applied as required by the collective agreement. As a result of a reassessment by the employer, one of the three was declared the successful candidate. Respondent subsequently presented two grievances arising out of management's decision, which were denied at the first two stages of the grievance procedure. The union's executive council determined that the grievances had no merit and recommended that the local not proceed further with them. Respondent later commenced an action against appellants in the Manitoba Court of Queen's Bench alleging a breach of the duty of fair representation.

Respondent contended, among other things, that the union acted unfairly by pursuing the grievances of the

Section locale 50057, Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada et l'Alliance de la Fonction publique du Canada

a Appellants

c.

François Gendron *Intimé*

b RÉPERTORIÉ: GENDRON c. SYNDICAT DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES DE L'ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, SECTION LOCALE 50057

c N° du greffe: 20708.

1990: 26 janvier; 1990: 31 mai.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Compétence — Cour supérieure d'une province — Relations de travail — Devoir de juste représentation — Action d'un employé intentée en cour supérieure d'une province alléguant un manquement du syndicat à son devoir de juste représentation — La cour supérieure avait-elle compétence en vertu du Code canadien du travail pour entendre la réclamation de l'employé? — Principes régissant le devoir de juste représentation — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 122, 136.1.

L'intimé, un membre du syndicat appelant, a été désigné pour combler un poste pour lequel l'employeur avait affiché un avis de poste vacant. Les trois candidats non retenus ont déposé un grief contre la décision de l'employeur de nommer l'intimé pour le motif que le facteur de l'expérience antérieure n'avait pas été correctement appliqué comme l'exigeait la convention collective. Suite à une réévaluation effectuée par l'employeur, la candidature de l'un des trois a été retenue. L'intimé a, par la suite, déposé deux griefs découlant de la décision de la direction, qui ont été refusés aux deux premières étapes de la procédure de grief. Le conseil exécutif du syndicat a décidé que les griefs n'étaient pas fondés et il a recommandé que la section locale interrompe la procédure. L'intimé a plus tard intenté une action contre les appellants devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans laquelle il alléguait un manquement au devoir de juste représentation.

L'intimé a notamment prétendu que le syndicat avait agi de façon injuste en poursuivant les griefs des trois

three unsuccessful applicants. The court found that appellants had fairly represented respondent and dismissed the action. It concluded that when a union finds itself in a position of conflict regarding the interests of certain of its employees, it satisfies its duty of fair representation so long as it acts honestly, treats all members equally, does not act in a perfunctory or hostile manner and does not engage in favoritism.

The Court of Appeal set aside the judgment. In a majority decision, the court concluded that the union must not only fairly represent the interests of the individual as seen by the union, but must also fairly represent the interests of the individual as seen by such individual. Monnin C.J.M. in dissent would have dismissed the appeal as, in his view, the union had fulfilled its duty to fairly represent respondent in that it acted in good faith and fairly represented him throughout.

This appeal is to determine whether the ordinary courts have jurisdiction under the *Canada Labour Code* to entertain a claim based on a breach of a union's duty of fair representation; and, if so, what is the correct test as regards that duty.

Held: The appeal should be allowed.

The duty placed on unions, as exclusive bargaining agents, to fairly represent the employees in their unit has its origins in American case law dealing with employee allegations of discriminatory practices engaged in by unions. That such a duty exists in Canada, independent of statutory enactment, was recognized by this Court in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*.

Unless the statute contains words that expressly or by necessary implication oust the common law duty or remedy, one has a choice of remedies. Parliament has codified the common law duty of fair representation within a larger comprehensive legislative scheme and has provided a new and superior method of remedying a breach. The common law duty of fair representation is neither necessary nor appropriate in circumstances where the statutory duty applies. Therefore, while the Code does not expressly oust the common law duty, it does so by necessary implication in most situations where the terms of the statute apply. A different result may obtain in situations where the statute is silent, or by its terms does not apply, and where it is not clear that the statute exclusively covers the breach, such as in the

candidats écartés. La cour a conclu que les appelants avaient représenté l'intimé de façon juste et a rejeté l'action. Elle a conclu que, lorsqu'un syndicat se trouve dans une situation de conflit en ce qui concerne les intérêts de certains de ses membres, il remplit son devoir de juste représentation dans la mesure où il agit honnêtement, traite tous ses membres de la même façon, n'agit pas d'une manière négligente ou hostile et ne fait pas preuve de favoritisme.

La Cour d'appel a infirmé le jugement. Dans un arrêt rendu à la majorité, la cour a conclu que le syndicat doit non seulement représenter de façon juste les intérêts d'une personne tels qu'il les perçoit, mais qu'il doit également représenter de façon juste les intérêts de cette personne tels que cette dernière les perçoit. Le juge en chef Monnin, dissident, aurait rejeté l'appel parce qu'à son avis le syndicat avait rempli son devoir de juste représentation de l'intimé en ce sens qu'il a agi de bonne foi et l'a représenté de façon juste tout au long du processus.

Ce pourvoi a pour but de déterminer si les tribunaux ordinaires ont compétence, en vertu du *Code canadien du travail*, pour entendre une réclamation fondée sur le manquement d'un syndicat à son devoir de juste représentation, et, dans l'affirmative, de déterminer quel est le bon test en ce qui concerne ce devoir.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le devoir qu'ont les syndicats, comme agents négociateurs exclusifs, de représenter de façon juste les employés de leur unité tire son origine de la jurisprudence américaine traitant d'allégations d'employés selon lesquelles leur syndicat s'était livré à des pratiques discriminatoires. Notre Cour a reconnu l'existence de ce devoir au Canada indépendamment d'un texte de loi, dans l'arrêt *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*.

À moins que la loi ne comporte des termes qui, expressément ou par déduction nécessaire, écartent le devoir ou le redressement de common law, le choix des redressements existe. Le Parlement a codifié le devoir de juste représentation reconnu par la common law dans un régime législatif complet plus général, et prévu une nouvelle façon, qui lui est supérieure, de remédier à un manquement. Le devoir de juste représentation reconnu par la common law n'est ni nécessaire ni approprié lorsque le devoir prévu par la loi s'applique. Par conséquent, bien que le Code n'écarte pas expressément le devoir de la common law, il le fait par déduction nécessaire dans la plupart des cas où les termes de la Loi s'appliquent. On peut arriver à un résultat différent lorsque la Loi est silencieuse ou, en raison de ses termes,

context of human rights violations. Even though the statutory duty ousts the common law duty in most situations where it applies, it is still necessary to determine whether the statutory duty can be the subject of a claim in the ordinary courts. While the legislation does not expressly provide that the Board has exclusive jurisdiction, it indicates that Parliament envisioned a fairly autonomous and specialized Board whose decisions and orders were to be accorded deference by the ordinary courts, subject only to review within the confines of the privative clause. As the statute was applicable in this case, respondent could not base his claim on the common law but instead had to have recourse to the Code, and, in addition, had to proceed to the Canada Labour Relations Board, the decision-making structure assigned this adjudicative task under the legislation. There is no original jurisdiction in the ordinary courts to decide the matter, only the ability to review Board decisions in the very limited parameters contemplated by the privative clause.

The principles governing a union's duty of fair representation which are set out in this Court's decision in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon* clearly contemplate a balancing process. A union must in certain circumstances choose between conflicting interests in order to resolve a dispute. Here the union's choice was clear due to the obvious error made in the selection process: it had no choice but to adopt the position that would ensure a proper interpretation of the collective agreement. In a situation of conflicting employee interests, the union may pursue one set of interests to the detriment of another as long as its decision to do so is not actuated by improper motives and as long as it turns its mind to all the relevant considerations.

Cases Cited

Referred to: *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196; *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944); *Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, 323 U.S. 210 (1944); *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330 (1953); *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967); *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521; *Harvey Adams and Vancouver Symphony Society and Musicians Association, Local 145*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 192; *Simpson and United Garment Workers of Canada*, [1980] 3 Can. L.R.B.R. 136; *Syndicat des*

ne s'applique pas, et lorsqu'il n'est pas clair que la Loi s'applique exclusivement au manquement, comme dans le contexte de la violation des droits de la personne. Même si le devoir prévu par la loi écarte le devoir de common law dans la plupart des cas où il s'applique, il est encore nécessaire de déterminer si le devoir légal peut faire l'objet d'une demande devant les tribunaux ordinaires. Bien que la Loi ne prévoit pas expressément que le Conseil a compétence exclusive, elle indique que le Parlement avait en vue un Conseil relativement autonome et spécialisé et que les tribunaux ordinaires devraient faire preuve de retenue judiciaire devant ses décisions et ses ordonnances sous réserve seulement d'un contrôle conforme aux limites de la clause privative. Puisque la loi s'applique en l'espèce, l'intimé ne peut fonder sa demande sur la common law mais doit plutôt avoir recours au Code et, en outre, il doit recourir à l'instance décisionnelle à qui la Loi a confié cette tâche, savoir le Conseil canadien des relations du travail. Les tribunaux ordinaires n'ont aucune compétence de première instance pour trancher l'affaire, ils n'ont que le pouvoir de contrôler les décisions du Conseil à l'intérieur des paramètres très étroits de la clause privative.

Les principes régissant le devoir de juste représentation d'un syndicat, formulés dans l'arrêt de notre Cour *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, prévoient clairement un processus d'équilibrage. Un syndicat doit, dans certaines circonstances, faire un choix entre des intérêts opposés pour résoudre un différend. En l'espèce, le choix du syndicat était clair en raison de l'erreur manifeste commise dans le processus de sélection: il n'avait d'autre choix que d'adopter la position qui serait conforme à l'interprétation appropriée de la convention collective. Lorsque les employés ont des intérêts opposés, le syndicat peut choisir de défendre un ensemble d'intérêts au détriment d'un autre pourvu que sa décision ne découle pas de motifs irréguliers et pourvu qu'il examine tous les facteurs pertinents.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196; *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944); *Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, 323 U.S. 210 (1944); *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330 (1953); *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967); *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521; *Harvey Adams and Vancouver Symphony Society and Musicians Association, Local 145*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 192; *Simpson and United Garment Workers of Canada*, [1980] 3 Can.

agents de la paix de la Fonction publique v. Richer, [1983] C.A. 167; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Mulherin v. U.S.W.A., Loc. 7884* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 251, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xi; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 S.C.R. 695; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paperworkers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 122 [am. 1972, c. 18, s. 1; am. 1977-78, c. 27, s. 43], 136.1 [ad. 1977-78, c. 27, s. 49], 189 [am. 1972, c. 18, s. 1; am. 1977-78, c. 27, s. 68].

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Dorsey, James E. *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*. Toronto: Carswells, 1983.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Presses de l'université Laval, 1971.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1987), 49 Man. R. (2d) 179, [1988] 1 W.W.R. 613, setting aside a judgment of the Manitoba Court of Queen's Bench (1986), 43 Man. R. (2d) 123. Appeal allowed.

Mel Myers, Q.C., for the appellants.

Sidney Green, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The main issue in this appeal concerns the jurisdiction of ordinary courts under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (as am. S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78, c. 27) to entertain a claim from an employee alleging a breach of the duty of fair representation by his bargaining agent. A subsidiary issue is what is the

L.R.B.R. 136; *Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique c. Richer*, [1983] C.A. 167; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Mulherin v. U.S.W.A., Loc. 7884* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 251, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xi; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Winnipeg Teachers' Association c. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 R.C.S. 695; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 122 [mod. 1972, ch. 18, art. 1; mod. 1977-78, ch. 27, art. 43], 136.1 [aj. 1977-78, ch. 27, art. 49], 189 [mod. 1972, ch. 18, art. 1; mod. 1977-78, ch. 27, art. 68].

Doctrines citées

Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Dorsey, James E. *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*. Toronto: Carswells, 1983.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Presses de l'université Laval, 1971.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1987), 49 Man. R. (2d) 179, [1988] 1 W.W.R. 613, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1986), 43 Man. R. (2d) 123. Pourvoi accueilli.

Mel Myers, c.r., pour les appelants.

Sidney Green, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La principale question que soulève ce pourvoi porte sur la compétence des tribunaux ordinaires, en vertu du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 (mod. par S.C. 1972, ch. 18; S.C. 1977-78, ch. 27), d'être saisi de la réclamation d'un employé qui prétend que son agent négociateur a manqué à son devoir

correct test as regards a union's duty of fair representation.

Facts

The facts of the case were clearly set out by Hirschfield J. at trial and were accepted by the Court of Appeal. The respondent both in his factum and in his oral argument re-argued the facts and urged us to accept a different version of them. The respondent however has not convinced me that the analysis and conclusions of the trial judge, who had the advantage of hearing and seeing the witnesses, should be disturbed. This is especially the case where, as here, the trial judge had to, in assessing credibility, choose between contradictory assertions of fact. I will therefore reproduce the relevant facts as found at trial.

In 1979 the respondent commenced employment as an Operator C at the Royal Canadian Mint. Prior to such employment he had gained practical experience over a period of one and one-half years as a tinsmith and electrician's helper. At all material times the respondent was a member of the union and subject to the collective agreement. On January 18, 1982, the Mint posted a notice of vacancy in the position of preventive maintenance man. The qualifications required for the position included "a minimum of two years experience in an industrial environment". Four employees of the Mint, including the respondent, applied for the position.

Article 38.16 of the collective agreement provided the factors required to be determined by the employer in evaluating applicants for a vacant position. The article reads:

In filling the vacant and newly-created positions as per the provisions of Clauses 38.14 and 38.15 hereof, the Employer shall evaluate the applicants according to the following determining factors:

- Skills;
- Ability;
- Seniority;
- Knowledge;
- Previous Experience.

de juste représentation. Subsidiairement, il y a lieu de déterminer quel est le bon test en ce qui concerne le devoir de juste représentation d'un syndicat.

^a Les faits

Le juge Hirschfield de première instance a clairement exposé les faits et la Cour d'appel les a acceptés. Tant dans son mémoire que dans sa plaidoirie, l'intimé a de nouveau repris les faits pour nous inviter à en accepter une version différente. L'intimé ne m'a cependant pas convaincu qu'il y a lieu de modifier l'analyse et les conclusions du juge de première instance qui a eu l'avantage d'entendre et de voir les témoins. Cela est d'autant plus vrai ici où le juge de première instance a dû, pour évaluer la crédibilité des témoins, choisir entre des versions contradictoires. Je vais donc reproduire les faits pertinents tels qu'ils ont été établis en première instance.

En 1979, l'intimé a commencé à travailler comme opérateur de classe C à la Monnaie royale canadienne. Avant d'entreprendre ce travail, il avait acquis de l'expérience comme ferblantier et aide-électricien pendant un an et demi. Au cours de toutes les époques pertinentes, l'intimé était membre du syndicat et assujéti à la convention collective. Le 18 janvier 1982, la Monnaie royale a affiché un avis de poste vacant à l'entretien préventif. Les exigences du poste comportaient notamment [TRADUCTION] «un minimum de deux années d'expérience dans un milieu industriel». Quatre employés de la Monnaie royale, y compris l'intimé, ont posé leur candidature.

L'article 38.16 de la convention collective énumère les facteurs dont l'employeur doit tenir compte dans l'évaluation des candidats à un poste vacant. L'article se lit ainsi:

En égard à la procédure définie dans les clauses 38.14 et 38.15 touchant les postes vacants ou les classifications nouvellement créées, l'employeur choisira d'après les facteurs suivants:

- compétences
- habileté
- ancienneté
- connaissances
- expérience antérieure

These factors shall be equally weighted.

The Mint had, with the union's approval, prepared a document entitled "Promotion Assessment" which set out how the five factors in question were to be assessed. The factor of "previous experience" would be tested "by way of related experience acquired both within and without the Mint". A maximum of 20 points could be awarded for each factor. The plaintiff (here the respondent) received the maximum 20 points for previous experience. He was the successful candidate for the position of preventive maintenance man and was so advised by letter from the Mint. On March 15 and 16, 1982, the three unsuccessful candidates for the position, Lorne Cavers, John S. McKenzie and Michel Hébert, grieved the decision of the employer appointing the respondent to the position of preventive maintenance man on the ground that the determining factor of previous experience had not been properly applied and that the scores should be re-evaluated and, if necessary, adjusted.

Following the presentation of the grievances by the three unsuccessful applicants the union caused an investigation to be conducted which determined that the factor of previous experience of both Cavers and Hébert had not been considered by the plant foreman who conducted the assessment. If the experience of these two applicants had been considered, the results of the assessment would have been different.

The president of the union local, Mr. Lionel Saurette, and the shop steward, Mr. Alain Seguies, categorically stated that they advised the respondent of the fact of the presentation of the three grievances; the fact the union was conducting the grievances; and the date upon which the grievances would be heard. The respondent stated he was not aware of the grievances or the date they would be heard, and was not made aware of the grievances until the results of the hearing were made known and he was displaced. Both Mr. Saurette and Mr. Seguies stated that they further informed the respondent that it would be advisable to apply for a re-evaluation of the factors other than that of previous experience. His reply to each was to the effect that he had won the competition "fair and

Ces facteurs seront pondérés également.

Avec le consentement du syndicat, la Monnaie royale avait préparé un document intitulé [TRANSDUCTION] «Évaluation de l'avancement» qui prévoyait le mode d'évaluation des cinq facteurs en question. Le facteur de «l'expérience antérieure» serait déterminé [TRADUCTION] «au moyen de l'expérience pertinente acquise à la Monnaie royale et ailleurs». Un maximum de 20 points pourrait être alloué à chaque facteur. Le demandeur (ici l'intimé) a reçu les 20 points maximum pour l'expérience antérieure. Il a été désigné pour combler le poste à l'entretien préventif et en a été avisé par lettre de la Monnaie royale. Les 15 et 16 mars 1982, les trois autres candidats non retenus, Lorne Cavers, John S. McKenzie et Michel Hébert, ont déposé un grief contre la décision de l'employeur de nommer l'intimé au poste de l'entretien préventif pour le motif que le facteur de l'expérience antérieure n'avait pas été correctement appliqué et que les points devraient être réévalués et, si nécessaire, réajustés.

Après que les trois candidats non retenus eurent présenté leur grief, le syndicat fit tenir une enquête qui révéla que le contremaître responsable de l'évaluation n'avait pas tenu compte du facteur de l'expérience antérieure dans les cas de Cavers et Hébert. S'il en avait été tenu compte, les résultats de l'évaluation auraient été différents.

Le président de la section locale du syndicat, M. Lionel Saurette, et le délégué syndical, M. Alain Seguies, ont affirmé catégoriquement avoir avisé l'intimé du dépôt des trois griefs, de leur poursuite par le syndicat et de la date d'audition des griefs. L'intimé a affirmé qu'il ignorait l'existence des griefs ainsi que la date de leur audition et n'avoir été mis au courant des griefs que lorsque les résultats de l'audition ont été connus et qu'il a été déplacé. Tant M. Saurette que M. Seguies ont affirmé qu'ils ont de plus informé l'intimé qu'il serait approprié qu'il demande une réévaluation des facteurs autres que celui de l'expérience antérieure. Il a répondu à chacun qu'il avait réussi le concours [TRANSDUCTION] «de façon juste et honnête», qu'il ne serait pas nécessaire de demander

square”, and that it would not be necessary to ask for, nor would he seek, a re-evaluation.

Mr. Gérard Belisle, a senior Industrial Relations Officer of the Mint, heard the three grievances in Winnipeg on October 14, 1982, and after hearing the union's submissions concluded that the local management had in fact neglected and omitted to consider the experience relating to operating and maintaining machinery and equipment gained by Mr. Cavers and Mr. Hébert within the Mint. Mr. Belisle then directed a reassessment of the marks obtained by both Mr. Hébert and Mr. Cavers. On November 10, 1982, Mr. Blaine Yellowega, the personnel supervisor of the Mint, advised the chief steward of the union local, Mr. Dennis Rebizant, when management would meet with the three grievors “and, if necessary, the successful candidate, Mr. Gendron” in order to re-assess the “previous related experience factor”. Mr. Saurette told the respondent of this letter and advised him that, because he had obtained the highest possible mark for the previous related experience factor, he should not attend the re-evaluation. The respondent denied having held such a conversation with Mr. Saurette. On November 24, 1982, Mr. Yellowega informed Mr. Saurette of the marks awarded to the three grievors for previous related experience on the reassessment. As a result of the reassessment Hébert was declared the successful candidate. On January 10, 1983 the respondent was notified of his displacement and was also notified that he would be laid off effective January 23, 1983 as his prior position was now redundant.

On January 25, 1983 the respondent presented two grievances. The first was against management's decision to award the position of preventive maintenance man to Mr. Hébert, and claimed that his competition for the job be reviewed and that he be reinstated to that position. The second grievance was that he had been unjustly laid off. Management denied the respondent's grievances at Step One in the grievance procedure. At this meeting the respondent refused to have any of his scores re-examined. The union formed the opinion that any further steps in the procedure would be

une réévaluation et qu'il n'en demanderait pas une non plus.

Le 14 octobre 1982, M. Gérard Belisle, un agent supérieur de relations du travail de la Monnaie royale, a procédé à l'audition des trois griefs à Winnipeg et, après avoir entendu les arguments du syndicat, il a conclu que la direction locale avait effectivement négligé et omis de considérer l'expérience relative au fonctionnement et à l'entretien des machines et du matériel acquise par M. Cavers et M. Hébert à la Monnaie royale. Monsieur Belisle a alors ordonné une réévaluation des points obtenus par M. Hébert et M. Cavers. Le 10 novembre 1982, M. Blaine Yellowega, le surveillant du personnel de la Monnaie royale, a avisé le délégué en chef de la section locale, M. Dennis Rebizant, de la date à laquelle la direction rencontrerait les trois plaignants [TRADUCTION] «et, si nécessaire, le candidat retenu, M. Gendron» pour réévaluer le [TRADUCTION] «facteur de l'expérience antérieure pertinente». Monsieur Saurette a mis l'intimé au courant de cette lettre et l'a avisé que parce qu'il avait obtenu la note la plus élevée possible pour le facteur de l'expérience antérieure pertinente, il ne devrait pas se présenter à la réévaluation. L'intimé nie avoir eu cette conversation avec M. Saurette. Le 24 novembre 1982, M. Yellowega a avisé M. Saurette des points accordés aux trois plaignants pour l'expérience antérieure pertinente lors de la réévaluation. Suite à cette réévaluation, la candidature de Hébert a été retenue. Le 10 janvier 1983, l'intimé a été avisé de son déplacement ainsi que de sa mise en disponibilité à compter du 23 janvier 1983 puisque son poste antérieur était maintenant excédentaire.

Le 25 janvier 1983, l'intimé a déposé deux griefs. Dans son premier grief, l'intimé contestait la décision de la direction d'accorder le poste de l'entretien préventif à M. Hébert et réclamait que sa candidature pour le poste soit revue et qu'il soit réinstallé dans ce poste. Dans son deuxième grief, l'intimé prétend avoir été mis en disponibilité injustement. La direction a refusé les griefs de l'intimé à la première étape de la procédure de grief. Lors de cette rencontre, l'intimé a refusé que ses points soient réexaminés. Le syndicat a exprimé l'avis que toutes les étapes ultérieures de

fruitless but proceeded to Step Two at the insistence of respondent's counsel. Again the respondent refused to have his scores re-examined and stated that this should not be necessary as he had won the competition in the first instance. Management again denied the grievances.

In accordance with a policy adopted by the union in 1978, a member who disagreed with the local's position could convene a meeting with the national president and two members of the executive council of the union to determine whether or not the union should proceed with the grievances. A meeting was convened on December 6, 1983 at which the respondent restated his position at steps one and two. The executive council determined that the grievances had no merit and recommended that the local should not proceed further with them. The respondent was notified of the recommendation on December 29, 1983. As a result, the respondent commenced action in the ordinary courts against the appellants alleging a breach of the duty of fair representation.

The Arguments

The appellants argue that as Parliament has, through the *Canada Labour Code*, provided a comprehensive legislative scheme governing labour relations, there is no jurisdiction for the Manitoba Court of Queen's Bench to hear the matter. The legislation ousts the common law duty and provides a different method of remedying a breach. Because the courts are increasingly deferring to the expertise of specialized tribunals and access to the ordinary courts is not contemplated by the scheme, the Manitoba Court of Appeal erred in upholding the jurisdiction of the Court of Queen's Bench to hear this matter.

As regards the duty of fair representation, the appellant contends that the principles in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, must be applied in order to review the union's conduct. The appellant submits that these

la procédure seraient inutiles, mais a procédé à la deuxième étape en raison de l'insistance de l'avocat de l'intimé. Encore une fois, l'intimé a refusé que ses points soient réexaminés et a affirmé que cela ne devrait pas être nécessaire puisqu'il avait réussi le concours en premier lieu. La direction a encore une fois refusé les griefs.

Conformément à une politique adoptée par le syndicat en 1978, un membre en désaccord avec le point de vue de la section locale pouvait convoquer une réunion avec le président national et deux membres du conseil exécutif du syndicat pour déterminer si le syndicat devait poursuivre les griefs. Une réunion a été convoquée le 6 décembre 1983 et l'intimé a alors réaffirmé le point de vue exprimé lors des deux premières étapes. Le conseil exécutif a décidé que les griefs n'étaient pas fondés et il a recommandé que la section locale interrompe la procédure. L'intimé a été avisé de la recommandation le 29 décembre 1983. Il a, en conséquence, intenté une action contre les appelants devant les tribunaux ordinaires dans laquelle il alléguait un manquement au devoir de juste représentation.

Les arguments

Les appelants soutiennent que puisque le Parlement a, au *Code canadien du travail*, prescrit un régime législatif complet régissant les relations du travail, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba n'a pas compétence pour entendre l'affaire. La Loi écarte le devoir de juste représentation de common law et prescrit une façon différente de remédier à un manquement. Parce que les tribunaux judiciaires s'en remettent de plus en plus à l'expertise des tribunaux spécialisés et parce que le régime ne prévoit pas l'accès aux tribunaux ordinaires, la Cour d'appel du Manitoba aurait commis une erreur en confirmant la compétence de la Cour du Banc de la Reine pour entendre cette affaire.

En ce qui concerne le devoir de juste représentation, les appelants soutiennent que les principes qui se dégagent de l'arrêt *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, s'appliquent à l'examen de la conduite du syndicat. Les appelants font valoir que ces principes ont été appliqués correctement en première

principles were properly applied at trial and by Monnin C.J.M. in dissent at the Court of Appeal.

The respondent pleads that the *Canada Labour Code* does not expressly or by necessary implication oust the common law duty in circumstances where the statute applies. At best, the Code offers an optional remedy. As a result, the Manitoba Court of Queen's Bench properly assumed jurisdiction in the matter.

In the context of the duty of fair representation, the respondent contends that the principles in *Gagnon, supra*, do not necessarily apply and that different facts may warrant the application of different considerations. However, even if the principles set out in *Gagnon* do apply, the conduct of the appellant union was unfair in this case.

The Judgments

The question of the jurisdiction of the ordinary courts to hear the matter, while pleaded at both levels, was not determined by either court. Since the main issue in this appeal revolves around the duty of fair representation, it is useful at this stage to set out the relevant provision of the *Canada Labour Code* in this regard. As stated earlier, all references to the Code will be to the 1970 version as amended by S.C. 1972, c. 18 and S.C. 1977-78, c. 27.

136.1 Where a trade union is the bargaining agent for a bargaining unit, the trade union and every representative of the trade union shall represent, fairly and without discrimination, all employees in the bargaining unit.

Manitoba Court of Queen's Bench (1986), 43 Man. R. (2d) 123

Hirschfield J. began his consideration by stating that the only issue was whether or not the union had properly fulfilled its duty to fairly represent the respondent. He then proceeded to examine the content of the duty. After reviewing s. 136.1 of the *Canada Labour Code* and the submissions of the respondent, he posed the question, "Did the union act arbitrarily, discriminatorily, in a hostile manner and in bad faith toward the plaintiff [here

instance et par le juge en chef Monnin du Manitoba, dissident en Cour d'appel.

L'intimé allègue que le *Code canadien du travail* n'écarte ni expressément ni par déduction nécessaire le devoir de juste représentation de common law dans des circonstances où la Loi s'applique. Au mieux, le Code offre un redressement optionnel. Par conséquent, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a correctement exercé sa compétence dans l'affaire.

Dans le contexte du devoir de juste représentation, l'intimé prétend que les principes de l'arrêt *Gagnon*, précité, ne s'appliquent pas nécessairement et que des faits différents peuvent justifier l'application de considérations différentes. Cependant, même si les principes formulés dans l'arrêt *Gagnon* s'appliquent, le syndicat appelant s'est conduit de façon injuste en l'espèce.

Les jugements

Bien que la question de la compétence des tribunaux ordinaires d'être saisis de l'affaire ait été plaidée devant les deux tribunaux d'instance inférieure, aucun d'eux ne s'est prononcé à cet égard. Puisque la principale question en jeu dans ce pourvoi a trait au devoir de juste représentation, il est utile de reproduire dès maintenant la disposition pertinente du *Code canadien du travail*. Comme je l'ai déjà mentionné, tous les renvois au Code se rapportent au texte de 1970 modifié par S.C. 1972, ch. 18, et S.C. 1977-78, ch. 27.

136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination.

La Cour du banc de la Reine du Manitoba (1986), 43 Man. R. (2d) 123

Le juge Hirschfield a commencé son examen en affirmant que la seule question qui se posait était de savoir si le syndicat s'était acquitté correctement de son devoir de juste représentation de l'intimé. Il a ensuite examiné le contenu de ce devoir. Après avoir analysé l'art. 136.1 du *Code canadien du travail* et les prétentions de l'intimé, il s'est demandé: [TRADUCTION] «Le syndicat a-t-il agi de façon arbitraire, discriminatoire, hostile et

the respondent] in not performing as he now suggests?" (p. 128). Hirschfield J. went on to state that s. 136.1 of the Code requires that the union act in a manner that is not arbitrary and he reviewed the decisions in *Gagnon, supra*, and *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196, in this regard. He concluded that when a union finds itself in a position of conflict regarding the interests of certain of its employees, it satisfies its duty of fair representation, and cannot be accused of acting in bad faith, so long as it acts honestly, treats all members equally, does not act in a perfunctory or hostile manner and does not engage in favoritism. Applied to the facts of the case, Hirschfield J. found that "the defendant" [here the appellant union] "at all material times acted in good faith towards and fairly represented the plaintiff" [here the respondent] (p. 130). He accordingly dismissed the respondent's action.

Court of Appeal (1987), 49 Man. R. (2d) 179

Gendron initially alleged two breaches of the duty of fair representation; one arising out of the union's conduct in pursuing his grievance and another as a result of the union's decision to process the grievances of the other employees. The first alleged breach was rejected both by Hirschfield J. at trial and by the Court of Appeal. The sole issue for determination by this Court is whether or not the union acted unfairly by pursuing the grievances of the three unsuccessful applicants. It is, in light of this, unnecessary to examine the judgments at the Court of Appeal as regards this first issue.

On a review of the terms of s. 136.1 of the Code, O'Sullivan J.A., speaking for himself and Hall J.A., concluded that the common law duty of fair representation was indistinguishable from the statutory duty. Though finding that the common law duty and statutory duty are identical, O'Sullivan J.A. held that the trial judge erred by phrasing the duty in terms different from the precise statutory language even though the words used by

de mauvaise foi envers le demandeur [ici l'intimé] en n'agissant pas comme il le propose maintenant?» (p. 128). Le juge Hirschfield a ensuite affirmé que l'art. 136.1 du Code exige que le syndicat agisse d'une manière non arbitraire et il a fait une revue à cet égard des affaires *Gagnon*, précitée, et *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196. Il en a conclu que, lorsqu'un syndicat se trouve dans une situation de conflit en ce qui concerne les intérêts de certains de ses membres, il remplit son devoir de juste représentation et ne peut être accusé d'agir de mauvaise foi dans la mesure où il agit honnêtement, traite tous ses membres de la même façon, n'agit pas d'une manière négligente ou hostile et ne fait pas preuve de favoritisme. Au regard des faits de l'espèce, le juge Hirschfield en est arrivé à la conclusion que [TRADUCTION] «le défendeur [ici le syndicat appelant], à toutes les époques pertinentes, a agi de bonne foi envers le demandeur [ici l'intimé] et l'a représenté de façon juste» (p. 130). Il a, en conséquence, rejeté l'action de l'intimé.

La Cour d'appel (1987), 49 Man. R. (2d) 179

Gendron a d'abord allégué deux manquements au devoir de juste représentation: le premier résultant de la conduite du syndicat dans la poursuite de son grief et le second résultant de la décision du syndicat de poursuivre les griefs des autres employés. Tant le juge Hirschfield en première instance que la Cour d'appel ont rejeté la première de ces allégations. La seule question que notre Cour est appelée à trancher est de savoir si le syndicat a agi de façon injuste en poursuivant les griefs des trois candidats écartés. Cela étant, il n'est pas nécessaire de discuter des motifs de la Cour d'appel sur la première question.

Après avoir examiné les dispositions de l'art. 136.1 du Code, le juge O'Sullivan, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Hall, a conclu que le devoir de juste représentation reconnu par la common law ne pouvait être distingué de celui prescrit par la Loi. Bien qu'il ait décidé que le devoir de common law et le devoir légal étaient identiques, le juge O'Sullivan a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en

the trial judge were referable to the common law duty.

While O'Sullivan J.A. reviews much the same case law as does the Chief Justice in dissent, he interprets it differently and comes to another result on an application of this law to the facts of the case. O'Sullivan J.A. held that the union must not only fairly represent the interests of the individual as seen by the union but must also fairly represent the interests of the individual as seen by such individual. He concluded that the appellant (here the respondent) was not fairly represented as the union acted in a fashion that was contrary to his interests. The majority therefore allowed the appeal and awarded damages in the amount of \$3,000 and costs at both court levels to Gendron.

Hall J.A. agreed generally with the reasoning and disposition of O'Sullivan J.A. but added that the union could have settled the dispute in a manner that avoided Gendron's job loss. In all other respects he would have allowed the appeal as proposed by O'Sullivan J.A.

Monnin C.J.M. in dissent began by reviewing the facts and stating that Hirschfield J. properly found that the only issue was whether or not the union had acted fairly. In his analysis of s. 136.1 of the Code, the Chief Justice reviewed the case law relied on by Hirschfield J. at trial and identified the rationale behind the duty of fair representation to conclude that "[s]ince a union is given the exclusive right to represent all the members of a designated unit, it also has the duty to serve the interests of all its members without hostility or discrimination towards any and to exercise its discretion with complete good faith, with honesty avoiding all arbitrary conduct" (p. 184).

Monnin C.J.M., in applying the test to the facts, concluded that the union had fulfilled its duty to

formulant le devoir dans des termes différents de ceux du texte précis de la Loi, même si les mots utilisés par le juge de première instance pouvaient se rapporter au devoir de common law.

^a Même si le juge O'Sullivan examine essentiellement la même jurisprudence que le Juge en chef dissident, il l'interprète différemment et parvient à une conclusion différente en l'appliquant aux faits de l'espèce. Le juge O'Sullivan en déduit que le syndicat doit non seulement représenter de façon juste les intérêts d'une personne tels qu'il les perçoit, mais qu'il doit également représenter de façon juste les intérêts de cette personne tels que cette dernière les perçoit. Il arrive à la conclusion que l'appelant (ici l'intimé) n'a pas été représenté de façon juste parce que le syndicat a agi d'une façon contraire à ses intérêts. Par conséquent, les juges ^c de la majorité ont accueilli l'appel et accordé à Gendron la somme de 3 000 \$ à titre de dommages-intérêts, avec dépens dans les deux cours.

^d Le juge Hall s'est dit généralement d'accord avec le raisonnement et la conclusion du juge O'Sullivan, mais il a ajouté que le syndicat aurait pu régler le différend de façon à ce que Gendron ne perde pas son emploi. Sur tous les autres points, il aurait accueilli l'appel de la façon proposée par ^f le juge O'Sullivan.

^g Le juge en chef Monnin, dissident, a d'abord examiné les faits et affirmé que le juge Hirschfield avait eu raison de conclure que la seule question était de savoir si le syndicat avait agi de façon juste. Dans son analyse de l'art. 136.1 du Code, le Juge en chef a fait une revue de la jurisprudence sur laquelle s'est fondé le juge Hirschfield en première instance et a identifié la raison d'être du devoir de juste représentation pour conclure que ^h [TRADUCTION] «[p]uisqu'un syndicat a le droit exclusif de représenter tous les membres d'une unité désignée, il a également l'obligation de servir les intérêts de tous ses membres sans manifester d'hostilité ou de discrimination envers l'un d'eux et d'exercer son pouvoir discrétionnaire en toute bonne foi, avec honnêteté et en évitant toute conduite arbitraire» (p. 184).

^j Appliquant ce test aux faits, le juge en chef Monnin a conclu que le syndicat avait rempli son

fairly represent the respondent in that it acted in good faith and fairly represented him throughout. The appellant union had to ensure that the collective agreement was properly interpreted and applied, and if it had not proceeded with the grievances filed by the unsuccessful applicants, its conduct would have been unfair and discriminatory as regards the other employees in the unit. He found that the respondent's position was untenable from the outset and that the union had more than fulfilled its duty in its representation of him. He accordingly would have dismissed the appeal.

The jurisdiction of the ordinary courts to entertain a claim based on a breach of the duty of fair representation is at the heart of this case. Although argued before them, the lower courts did not deal with it. It was pleaded at length before us and it must be determined whether or not the Court of Queen's Bench had jurisdiction to entertain the claim of the respondent prior to any examination of the content and application of the duty. If they did not, this ends the matter.

Jurisdiction

In resolving the issue of jurisdiction a good point of departure is to review the duty of fair representation at common law in order to decide whether or not the statutory duty, as embodied in the *Canada Labour Code*, ousts the common law in situations where the statute applies. The second step of the inquiry will examine whether the Code contemplates any jurisdiction in the ordinary courts to entertain claims based upon the statutory duty.

The Duty of Fair Representation at Common Law

The duty placed on unions, as exclusive bargaining agents, to fairly represent the employees in their unit has its origin in American case law. The duty was originally applied and defined in the context of suits by employees alleging that their unions had engaged in discriminatory practices. The first cases to recognize such a duty and offer a

devoir de juste représentation de l'intimé en ce sens qu'il a agi de bonne foi et l'a représenté de façon juste tout au long du processus. Le syndicat appellant devait veiller à ce que la convention collective soit interprétée et appliquée correctement et, s'il n'avait pas poursuivi les griefs déposés par les candidats écartés, sa conduite aurait été injuste et discriminatoire à l'égard des autres employés de l'unité. Il a conclu que l'intimé avait adopté une attitude inadmissible depuis le départ et que le syndicat avait plus que rempli son devoir de le représenter. Par conséquent, il aurait rejeté l'appel.

La question de la compétence des tribunaux ordinaires pour entendre une demande fondée sur un manquement au devoir de juste représentation est cruciale dans ce pourvoi. Bien qu'elle ait été débattue devant eux, les tribunaux d'instance inférieure n'en ont pas traité. Elle a été longuement débattue devant nous et il y a lieu de déterminer si la Cour du Banc de la Reine avait compétence pour entendre la demande de l'intimé avant d'entreprendre l'examen du contenu et de l'application du devoir de juste représentation. Dans la négative, ceci termine l'affaire.

f La compétence

Pour trancher la question de compétence, il convient d'abord d'examiner le devoir de juste représentation reconnu par la common law pour décider si le devoir légal, tel qu'incorporé dans le *Code canadien du travail*, supplante la common law dans les cas où la Loi s'applique. La deuxième étape consiste à examiner si le Code permet de reconnaître une compétence aux tribunaux ordinaires pour entendre des demandes fondées sur le devoir prescrit par la Loi.

Le devoir de juste représentation en common law

Le devoir qu'ont les syndicats, comme agents négociateurs exclusifs, de représenter de façon juste les employés de leur unité tire son origine de la jurisprudence américaine. Ce devoir a d'abord été appliqué et défini dans le contexte de poursuites intentées par des employés qui alléguaient que leur syndicat s'était livré à des pratiques discrimi-

rationale for its imposition are the companion cases of *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944), and *Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, 323 U.S. 210 (1944). The governing legislation in both of these cases was the *Railway Labor Act*. In *Steele*, the trade union had negotiated a number of terms that discriminated against black employees, including a ceiling on the number of blacks hired and a seniority clause that favored white workers. The United States Supreme Court, in striking down the offending clauses, reasoned that as the union was the exclusive bargaining agent of the employees, it had a duty to ensure that its power was exercised fairly and that it represented all members of the bargaining unit. In the words of Stone C.J. at p. 202:

While the majority of the craft chooses the bargaining representative, when chosen it represents, as the Act by its terms makes plain, the craft or class, and not the majority. The fair interpretation of the statutory language is that the organization chosen to represent a craft is to represent all its members, the majority as well as the minority, and is to act for and not against those whom it represents. It is a principle of general application that the exercise of a granted power to act in behalf of others involves the assumption toward them of a duty to exercise the power in their interest and behalf, and that such a grant of power will not be deemed to dispense with all duty toward those for whom it is exercised unless so expressed.

Stone C.J. further stated (at pp. 202-3) that:

... the language of the Act to which we have referred, read in the light of the purposes of the Act, expresses the aim of Congress to impose on the bargaining representative of a craft or class of employees the duty to exercise fairly the power conferred upon it in behalf of all those for whom it acts, without hostile discrimination against them.

These initial American cases were followed by cases that extended the newly recognized duty of fair representation to unions governed by the *National Labor Relations Act*. In *Ford Motor Co. v.*

natoires. Les premiers arrêts à reconnaître ce devoir et à justifier son imposition sont les arrêts connexes *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944), et *Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, 323 U.S. 210 (1944). Dans ces deux arrêts, la loi applicable était la *Railway Labor Act*. Dans l'arrêt *Steele*, le syndicat avait négocié un certain nombre de conditions de travail qui étaient discriminatoires envers les employés de race noire, y compris un plafond quant au nombre d'employés de race noire embauchés et une clause d'ancienneté qui favorisait les travailleurs de race blanche. La Cour suprême des États-Unis, en annulant les clauses fautives, a expliqué que parce que le syndicat était l'agent négociateur exclusif des employés il avait le devoir d'exercer son pouvoir de façon juste et de représenter tous les membres de l'unité de négociation. Le juge en chef Stone affirme, à la p. 202:

[TRADUCTION] Bien que la majorité des travailleurs de ce corps de métier choisisse l'agent négociateur, celui-ci, lorsqu'il est choisi, représente, comme le texte de la Loi l'indique clairement, les travailleurs de ce corps de métier ou la catégorie de travailleurs et non la majorité. L'interprétation raisonnable du texte législatif indique que l'organisation choisie pour représenter les travailleurs doit représenter tous ses membres, tant la majorité que la minorité, et doit agir en faveur et non contre ceux qu'elle représente. Il est un principe d'application générale que l'exercice du pouvoir conféré d'agir au nom des autres comporte implicitement une obligation d'exercer le pouvoir dans leur intérêt et en leur nom et que ce pouvoir conféré n'est pas réputé écarter toute obligation envers ceux pour qui il est exercé à moins d'une disposition expresse en ce sens.

Le juge en chef Stone ajoute (aux pp. 202 et 203) que:

[TRADUCTION] ... le texte de la Loi que nous avons mentionné, interprété en fonction des objets de la Loi, exprime le but du Congrès d'imposer à l'agent négociateur d'un groupe de travailleurs ou d'une catégorie d'employés l'obligation d'exercer de façon juste le pouvoir conféré au nom de tous ceux pour lesquels il agit, sans manifester de discrimination hostile envers eux.

Ces premières décisions américaines ont été suivies de décisions qui ont étendu ce nouveau devoir de juste représentation aux syndicats régis par la *National Labor Relations Act*. Dans l'arrêt *Ford*

Huffman, 345 U.S. 330 (1953), the United States Supreme Court found no breach of the duty on the facts of the case but, more importantly, it found that, as trade unions under the *National Labor Relations Act* also enjoyed exclusive bargaining rights, they were required to fairly represent the employees within the unit. Like the court in *Steele*, *supra*, it held that a necessary corollary of such a grant of power was the duty to exercise it fairly.

While the cases mentioned above took the lead in establishing a duty of fair representation, it was not until the American Supreme Court decision in *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967), that it was fully examined and defined. The majority in *Vaca* reviewed the American case law and at p. 177 put the duty in precise, positive terms:

Under this doctrine, the exclusive agent's statutory authority to represent all members of a designated unit includes a statutory obligation to serve the interests of all members without hostility or discrimination toward any, to exercise its discretion with complete good faith and honesty, and to avoid arbitrary conduct.

At page 190, White J. for the majority phrased the duty in even more succinct terms:

A breach of the statutory duty of fair representation occurs only when a union's conduct toward a member of the collective bargaining unit is arbitrary, discriminatory, or in bad faith.

While the court gave precise content to the duty, it also set out its scope, based on previous cases. At page 177, White J. stated:

... the Union had a statutory duty fairly to represent all of those employees, both in its collective bargaining with Swift, see *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330; *Syres v. Oil Workers International Union*, 350 U.S. 892, and in its enforcement of the resulting collective bargaining agreement, see *Humphrey v. Moore*, 375 U.S. 335.

Motor Co. v. Huffman, 345 U.S. 330 (1953), la Cour suprême des États-Unis a conclu qu'il n'y avait pas eu manquement au devoir d'après les faits de l'espèce, mais qui plus est, elle a conclu que, puisque les syndicats régis par la *National Labor Relations Act* bénéficiaient également de droits de négociation exclusifs, ils devaient représenter de façon juste les employés de l'unité. Comme dans l'arrêt *Steele*, précité, elle a conclu que la contrepartie nécessaire d'une attribution de pouvoir était l'obligation de l'exercer de façon juste.

Bien que les arrêts susmentionnés aient été les premiers à reconnaître le devoir de juste représentation, ce n'est qu'avec l'arrêt *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967), que la Cour suprême des États-Unis a examiné et défini pleinement ce devoir. Dans l'arrêt *Vaca*, les juges de la majorité ont examiné la jurisprudence américaine et ont défini, à la p. 177, le devoir de façon précise et catégorique:

[TRADUCTION] En vertu de cette théorie, le pouvoir légal de l'agent exclusif de représenter tous les membres d'une unité désignée comprend l'obligation légale de défendre leurs intérêts sans hostilité ni discrimination envers l'un d'eux, d'exercer son pouvoir discrétionnaire en toute bonne foi et d'éviter de se comporter d'une façon arbitraire.

À la page 190, le juge White s'exprimant, au nom de la majorité, a défini le devoir de façon encore plus succincte:

[TRADUCTION] Un syndicat manque à son devoir légal de juste représentation uniquement lorsqu'il se comporte envers un membre de l'unité de négociation collective d'une façon arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi.

Bien que la cour ait précisé le contenu du devoir, elle en a également établi la portée en tenant compte des arrêts antérieurs. À la page 177, le juge White affirme:

[TRADUCTION] ... le syndicat avait l'obligation légale de représenter de façon juste tous ces employés aussi bien en négociant avec Swift, voir *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330; *Syres v. Oil Workers International Union*, 350 U.S. 892, qu'en appliquant la convention collective qui en a résulté, voir *Humphrey v. Moore*, 375 U.S. 335.

The common law duty imposed on a union to fairly represent its employees is well established in American jurisprudence. Implying such a duty was necessary in order to balance unions' statutory grant of power. It was recognized that while the union's status as exclusive bargaining agent operates to counteract the economic power of the employer, and therefore works to the benefit of those represented, it was nevertheless necessary to ensure that unions wielded their power fairly.

It is unlikely that the rationale for the imposition of the duty is confined to the American labour experience; however the Canadian courts have proceeded more cautiously in their recognition of such a duty. The first decision in the context of Canadian labour relations that adopted the reasoning of the American courts is that of *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521. Macdonald J. of the British Columbia Supreme Court used the same rationale for implying a duty of fair representation as did the American courts before him; the fact that unions enjoy, pursuant to statute, exclusive bargaining status. Macdonald J. found that this authority carried with it the duty of fair representation. At page 540 he states:

... what duty in law did Spencer owe the plaintiff when acting in the course of his office as acting president of Local 592? That duty is not spelled out in any Canadian decisions of which I am aware, but there are decisions of the Supreme Court of the United States which are in point. They define the duty with which I am concerned in a way which, with respect, appeals to me as sound and I therefore apply them in this case.

Macdonald J. then proceeded to examine the American case law and, as applied to the facts before him, he found that the union had breached its duty to fairly represent the plaintiff. Many Canadian cases decided subsequently have referred to Macdonald J.'s decision in *Fisher*, *supra*, and have applied it in order to scrutinize the conduct of unions. It would appear that after the decision in *Fisher*, the Canadian courts have

Le devoir de common law qui incombe au syndicat de représenter de façon juste ses employés est bien reconnu dans la jurisprudence américaine car il fallait conclure implicitement à son existence pour équilibrer le pouvoir conféré par la loi au syndicat. On a reconnu toutefois que, bien que le rôle d'un syndicat en tant qu'agent négociateur exclusif soit de contrebalancer le pouvoir économique de l'employeur, et donc d'agir à l'avantage de ceux qu'il représente, il était nécessaire de veiller à ce que les syndicats exercent leur pouvoir de façon juste.

Il est peu probable que la philosophie sous-jacente à l'imposition de ce devoir soit restreinte à l'expérience américaine en matière de travail, mais les tribunaux canadiens ont quand même fait preuve de plus de prudence dans leur reconnaissance de ce devoir. L'arrêt *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521, est le premier arrêt à retenir le raisonnement des tribunaux américains dans le contexte des relations de travail au Canada. Le juge Macdonald de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est en fait basé sur le raisonnement des tribunaux américains pour conclure à l'existence implicite d'un devoir de juste représentation: le fait que les syndicats bénéficient, conformément à la Loi, d'un statut d'agent négociateur exclusif. Le juge Macdonald a conclu que ce pouvoir comportait en soi le devoir de juste représentation. À la page 540, il affirme:

[TRADUCTION] ... quelle obligation légale Spencer avait-il envers le demandeur lorsqu'il a agi à titre de président par intérim de la section locale 592? Cette obligation n'est déterminée dans aucune des décisions canadiennes que je connais, mais certains arrêts de la Cour suprême des États-Unis sont pertinents. Ils définissent cette obligation d'une façon qui, avec égards, m'apparaît juste et je les appliquerai par conséquent au présent cas.

Le juge Macdonald a ensuite examiné la jurisprudence américaine et, en l'appliquant aux faits de l'espèce, a conclu que le syndicat avait manqué à son devoir de juste représentation envers le demandeur. Plusieurs décisions canadiennes rendues ultérieurement ont fait référence à la décision du juge Macdonald dans l'arrêt *Fisher*, précité, et l'ont appliquée dans le but de scruter la conduite des syndicats. Il semblerait qu'après l'arrêt *Fisher*, le

developed the duty independently of the post-*Vaca v. Sipes* American case law. I will briefly refer to some of these later decisions.

In *Harvey Adams and Vancouver Symphony Society and Musicians Association, Local 145*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 192 (B.C.), the Board was faced with a situation in which the events giving rise to the alleged breach of the duty occurred prior to the enactment of a duty of fair representation in the province's Labour Code. In deciding whether or not the statute should be applied retrospectively, the Board had to determine the status of the duty at common law. The Board reviewed earlier case law and in particular the reasoning in *Fisher, supra*, and concluded that, as the duty had existed at common law, the subsequent enactment was merely declaratory and could be applied retrospectively.

The Saskatchewan Labour Relations Board has also followed the direction of Macdonald J. in *Fisher, supra*, and has held that notwithstanding the lack of a statutorily enacted duty, a union must fairly represent all of the employees in the bargaining unit (*Simpson and United Garment Workers of Canada*, [1980] 3 Can. L.R.B.R. 136 (Sask.)) The Board limited its findings to the processing of grievances and after reviewing the relevant case law stated (at p. 139):

So long as a union, in dealing with a grievance, acts fairly, impartially, and in good faith in deciding whether or not a grievance should be proceeded with, its decision will not be interfered with by this Board . . .

The Quebec courts have on a number of occasions concluded that such a duty was imposed upon a union prior to statutory codification of the duty. In one such case, *Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique v. Richer*, [1983] C.A. 167, a case in which the facts arose prior to statutory codification of the duty in the Quebec *Labour Code*, I noted for the Court of Appeal (at p. 178) that:

devoir de juste représentation ait été développé par les tribunaux canadiens indépendamment de la jurisprudence américaine postérieure à l'arrêt *Vaca v. Sipes*. Je vais examiner brièvement certaines de ces décisions ultérieures.

Dans l'arrêt *Harvey Adams and Vancouver Symphony Society and Musicians Association, Local 145*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 192 (C.-B.), les faits présentés à la commission et que l'on prétendait être à l'origine du manquement au devoir de juste représentation s'étaient produits avant l'introduction du devoir de juste représentation dans le code du travail de la province. Pour décider si la Loi devait être appliquée rétroactivement, la commission devait se prononcer sur l'état de ce devoir en common law. La commission a examiné la jurisprudence antérieure et particulièrement le raisonnement tenu dans l'arrêt *Fisher*, précité, et a conclu que, puisque le devoir avait existé en common law, la loi ultérieure était simplement déclaratoire et pouvait s'appliquer rétroactivement.

La commission des relations du travail de la Saskatchewan a également retenu les directives du juge Macdonald dans l'arrêt *Fisher*, précité, et a conclu que, même en l'absence d'un devoir prescrit par la loi, un syndicat doit représenter de façon juste tous les employés de l'unité de négociation (*Simpson and United Garment Workers of Canada*, [1980] 3 Can. L.R.B.R. 136 (Sask.)) La commission s'est restreinte dans ses conclusions au traitement des griefs et, après avoir examiné la jurisprudence pertinente, elle a affirmé (à la p. 139):

[TRADUCTION] Dans la mesure où un syndicat, en traitant d'un grief, agit de façon juste, impartiale et de bonne foi pour décider si un grief devrait être poursuivi, la commission n'interviendra pas dans sa décision . . .

Les tribunaux québécois ont conclu à maintes reprises que les syndicats avaient ce devoir même avant sa codification dans un texte législatif. Dans un de ces arrêts, *Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique c. Richer*, [1983] C.A. 167, une affaire dont les faits se sont produits avant l'incorporation du devoir de juste représentation dans le *Code du travail* du Québec, j'ai fait remarquer au nom de la Cour d'appel (à la p. 178) que:

[TRANSLATION] Having said that, no lengthy analysis would seem to be necessary to arrive at the conclusion that the union failed in its duty of fair representation toward its members in good standing, the respondents, both by filing a grievance diametrically opposed to their interests in circumstances that amount to a flagrant denial of justice to them and by refusing to take the grievance regarding their dismissal to the fourth level, that of arbitration.

The conclusion that there exists a common law duty of fair representation is not held solely by Canadian labour boards, but is shared equally by legal commentators writing in the area. James E. Dorsey, in his work *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*, states at p. 230:

While the duty of fair representation first appeared in the courts in Canada, its common form today is legislative with administration assigned to a labour relations board or the Labour Court in Quebec.

In their 1971 edition of *Droit du travail en vigueur au Québec*, Gagnon, LeBel (now a member of the Quebec Court of Appeal) and Verge discuss the obligations imposed upon a union under the duty of fair representation. They examine the duty as it existed in 1971, six years prior to the codification of the duty in Quebec. As regards the duty the authors state (at p. 139):

[TRANSLATION] Corresponding to the right to represent all employees is a duty of the same amplitude: each employee in the group is entitled to benefit equally from the certified association's representational function. Accordingly such an association, which enjoys a statutory monopoly on the right to represent employees, cannot conclude a collective agreement containing discriminatory work provisions, in other words, containing disparities with respect to certain categories of employees that are not justified by objective facts, such as seniority. Similarly, when it comes to applying the collective agreement, the association may not avoid presenting valid grievances on behalf of employees it does not favour, solely because they are not among its members. The association must always represent each employee in the group equally, both in concluding the collective agreement and in applying it.

Ceci dit, de ce qui précède il ne m'apparaît pas nécessaire de faire une longue démonstration pour en arriver à la conclusion que le syndicat a failli à son devoir de représentation juste et équitable (*duty of fair representation*) envers ses membres en règle, les intimées, tant en logeant un grief diamétralement opposé à leurs intérêts dans des circonstances qui équivalent à un déni de justice flagrant à leur endroit qu'en refusant de conduire jusqu'à la quatrième étape, soit celle de l'arbitrage, le grief relatif à leur congédiement.

La conclusion qu'il existe en common law un devoir de juste représentation n'est pas tirée seulement par les commissions canadiennes sur les relations du travail, mais elle est également partagée par les auteurs spécialistes de ce domaine. James E. Dorsey affirme dans *Canada Labour Relations Board: Federal Law and Practice*, à la p. 230:

[TRADUCTION] Bien que le devoir de juste représentation soit apparu pour la première fois devant les tribunaux au Canada, on le trouve couramment de nos jours dans un texte législatif et son application est confiée à une commission des relations du travail ou au Tribunal du travail au Québec.

Dans l'édition de 1971 de leur ouvrage intitulé *Droit du travail en vigueur au Québec*, Gagnon, LeBel (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec) et Verge discutent des obligations imposées au syndicat en vertu du devoir de juste représentation. Ils examinent ce devoir tel qu'il existait en 1971, six ans avant sa codification au Québec. En ce qui concerne ce devoir, les auteurs affirment (à la p. 139):

Au droit de représenter tous les salariés, correspond une obligation de même étendue: chacun des salariés du groupe est en droit de bénéficier également de la fonction de représentation qui incombe à l'association accréditée. Ainsi, une telle association, jouissant du monopole statutaire de la représentation des salariés, ne saurait conclure une convention collective consacrant des régimes de travail discriminatoires, c'est-à-dire, contenant des disparités à l'endroit de certaines catégories de salariés que ne justifient pas des données objectives, telle, par exemple, l'ancienneté. De même, quand il s'agit de l'application de la convention collective, l'association ne peut s'abstenir de faire valoir des griefs valables, relatifs à des salariés qu'elle ne favorise pas, pour la seule raison qu'ils ne sont pas ses membres. L'association doit, en effet, toujours représenter de façon égale, tant au moment de la conclusion de la convention collective qu'au moment de son application, chacun des salariés du groupe.

More importantly, in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, *supra*, this Court recognized that the duty of fair representation existed at common law, prior to any statutory enactment. To that effect, Chouinard J. for the Court stated at p. 517:

Section 136.1 of the *Canada Labour Code*, like s. 47.2 of the *Quebec Labour Code* and s. 7 of the *British Columbia Labour Code*, is subsequent to the facts giving rise to the issue at bar. It is nonetheless useful to see how this legislation has subsequently been interpreted since, as we shall see below, the Canadian and Quebec courts recognized long before this legislation that a union has a duty to represent its members and that certain obligations follow from that duty.

At page 522 Chouinard J. commented further on the existence of a common law duty:

However, as mentioned above, the Canadian cases, following the U.S. precedents, had already recognized the existence of a union's duty of representation and of the resulting obligations.

It is clear then that Canadian courts have followed the lead of their counterparts in the United States in inferring from statutory grants of exclusive bargaining authority a corresponding duty of fair representation. It therefore becomes necessary to determine what effect statutory codifications of the duty, such as s. 136.1 of the *Canada Labour Code*, have on the duty as it exists at common law.

The Effect of the *Canada Labour Code* on the Common Law Duty

Although in a different context, this Court has had recent occasion to consider the effect of statutory codification upon a pre-existing common law duty or remedy in the case of *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70. Many of the considerations that occupied the Court in that case are relevant here. Our analysis in this area must be guided by the rule that unless the statute contains words that expressly or by necessary implication oust the common law duty or remedy, one has a choice of

Qui plus est, dans l'arrêt *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, précité, notre Cour a reconnu que le devoir de juste représentation existait en common law avant son incorporation dans une loi. À cet égard, le juge Chouinard affirme, au nom de la Cour, à la p. 517:

L'article 136.1 du *Code canadien du travail*, tout comme d'ailleurs l'art. 47.2 du *Code du travail* du Québec et l'art. 7 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique sont postérieurs aux faits qui ont donné naissance au litige. Il n'en reste pas moins utile de voir comment ces dispositions législatives ont été interprétées depuis car, comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence canadienne et québécoise reconnaissait bien avant ces législations le devoir d'un syndicat de représenter ses membres et les obligations découlant de ce devoir.

À la page 522, le juge Chouinard commente ainsi l'existence du devoir de juste représentation en common law:

Cependant, tel que déjà mentionné, la jurisprudence canadienne, s'inspirant de la jurisprudence américaine, avait déjà reconnu l'existence du devoir de représentation d'un syndicat et des obligations qui en découlent.

Il est donc clair que les tribunaux canadiens ont suivi l'exemple des tribunaux américains pour déduire du pouvoir exclusif de négociation conféré par la loi l'existence d'un devoir correspondant de juste représentation. Il est donc nécessaire de déterminer l'effet qu'a la codification de ce devoir dans un texte législatif, comme l'art. 136.1 du *Code canadien du travail*, sur le devoir tel qu'il existe en common law.

L'effet du *Code canadien du travail* sur le devoir de common law

Bien que dans un contexte différent, notre Cour a eu récemment l'occasion de discuter de l'effet de la codification dans un texte législatif sur un devoir ou un redressement préexistants en common law dans l'arrêt *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70. Plusieurs des considérations de la Cour dans cet arrêt sont pertinentes en l'espèce. Notre guide dans cette analyse doit être la règle portant qu'à moins que la loi ne comporte des termes qui, expressément ou par déduction nécessaire, écartent le devoir ou le redressement de common law, le choix des redressements existe. Comme le juge Cory l'a affirmé, quoiqu'en des termes différents,

remedies. As Cory J., albeit in different terms, stated for the majority in *Rawluk*, *supra*, at p. 90:

It is trite but true to state that as a general rule a legislature is presumed not to depart from prevailing law "without expressing its intentions to do so with irresistible clearness" (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614).

An analysis of the provisions of the *Canada Labour Code* will, in my opinion, lead to the conclusion that while the legislation has not expressly ousted the common law duty of fair representation, it does so by necessary implication or, in the words of *Goodyear Tire* (cited above by Cory J. in *Rawluk*), with irresistible clearness.

For ease of reference s. 136.1 of the Code is reproduced here:

136.1 Where a trade union is the bargaining agent for a bargaining unit, the trade union and every representative of the trade union shall represent, fairly and without discrimination, all employees in the bargaining unit.

From a reading of s. 136.1 it is evident that Parliament had recourse to the common law duty in framing the statutory duty. The words "fairly and without discrimination", among others, refer to the content of the duty as it has developed at common law. It can be reasonably inferred from Parliament's choice of words that it intended to incorporate the common law duty. Conversely, if the aim of Parliament was to create a duty different from that at common law it could have chosen words that clearly indicated such an intention. Section 136.1 has no inherent meaning unless one infers legislative intent from an examination of its terms. This examination necessarily leads to the common law duty, which then, through incorporation, provides the content of s. 136.1. This content then is obviously identical to the duty at common law. The common law duty is therefore not in any sense additive; it is merely duplicative.

This duty, however, must be viewed as part of a legislative scheme governing labour relations. The Code provisions cover a wide range of labour

au nom de la majorité dans l'arrêt *Rawluk*, précité, à la p. 90:

Il est banal mais juste d'affirmer qu'en règle générale le législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant [TRADUCTION] «sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire» (*Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614).

À mon avis, une analyse des dispositions du *Code canadien du travail* nous permettra de conclure que, bien que la Loi n'ait pas expressément écarté le devoir de juste représentation reconnu par la common law, elle le fait par déduction nécessaire ou, selon les mots de l'arrêt *Goodyear Tire* (cité ci-dessus par le juge Cory dans l'arrêt *Rawluk*), de façon incontestablement claire.

Pour en faciliter la consultation, je reproduis ici l'art. 136.1 du Code:

136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination.

Il est évident, à la lecture de l'art. 136.1, que le Parlement a eu recours au devoir de common law dans la formulation de ce devoir légal. L'expression «de façon juste et sans discrimination», notamment, renvoie au contenu du devoir tel qu'il a évolué en common law. On peut raisonnablement déduire que, par le choix des termes, le Parlement a voulu incorporer le devoir de common law. Inversement, si le Parlement avait voulu créer un devoir différent de celui reconnu en common law, il aurait choisi des termes susceptibles de traduire clairement cette volonté. L'article 136.1 n'a pas de sens particulier en soi si ce n'est de l'intention du Parlement qu'on peut déduire de l'examen des termes qu'il emploie. Cet examen nous conduit nécessairement au devoir de common law qui ensuite, par incorporation, détermine le contenu de l'art. 136.1. Ce contenu est donc évidemment identique au devoir de common law. Par conséquent, ce devoir n'ajoute rien; il fait simplement double emploi.

Ce devoir de juste représentation doit cependant être analysé dans le contexte du régime législatif régissant les relations du travail. Les dispositions

relations including fair employment practices, equal pay for similar or identical work, wages, vacations and holidays, employment safety, unfair labour practices, the process of collective bargaining including certification, the collective agreement, strikes and lock-outs and conciliation. More particularly, Division II of the Code (ss. 111 to 123) contains the provisions relating to the composition and operation of the Board. The powers given to the Board in this part of the Code both ensure that the Board has ample ability to investigate and adduce evidence relevant to proceedings before it and ensure that the hearing process is as flexible and efficient as possible. In reviewing the legislation it becomes clear that, at least as regards the duty of fair representation, Parliament has enacted a comprehensive, exclusive code. An overview of the Code puts the statutory duty of fair representation in its proper context, that of a complete and comprehensive scheme that both supplies the duty and provides the necessary adjudicative machinery such that resort to the common law is duplicative in any situation where the statute applies. While not determinative in itself, this is in my view a strong indication of Parliament's intention that the Code occupy the whole field in terms of a determination of whether or not a union has acted fairly.

An examination of the statutory remedies contained in s. 189 of the Code further supports this conclusion.

189. Where, under section 188, the Board determines that a party to a complaint has failed to comply with subsection 124(4) or section 136.1, 148, 161.1, 184, 185 or 186, the Board may, by order, require the party to comply with that subsection or section and may

(a) in respect of a failure to comply with section 136.1, require a trade union to take and carry on on behalf of any employee affected by the failure or to assist any such employee to take and carry on such action or proceeding as the Board considers that the union ought to have taken and carried on on the employee's behalf or ought to have assisted the employee to take and carry on;

du Code visent toute une gamme de relations de travail, dont les pratiques d'emploi équitables, le salaire égal pour un travail similaire ou identique, les rétributions, les vacances et les jours fériés, les règles de sécurité du travail, les pratiques déloyales de travail, le processus de négociation collective, y compris l'accréditation, la convention collective, les grèves et les lock-out et la procédure de conciliation. Plus particulièrement, la division II du Code (les art. 111 à 123) comporte des dispositions relatives à la composition et au fonctionnement du Conseil. Les pouvoirs conférés au Conseil dans cette partie du Code lui accordent une marge de manœuvre suffisante pour enquêter et produire des éléments de preuve pertinents aux procédures qui se déroulent devant lui et assurent que le processus d'audition est aussi souple et efficace que possible. À l'examen de la Loi, il devient clair, tout au moins en ce qui concerne le devoir de juste représentation, que le Parlement a adopté un code complet et exclusif. Une vue d'ensemble du Code permet de situer le devoir légal de juste représentation dans son contexte approprié, c'est-à-dire celui d'un régime complet et global qui établit le devoir et prévoit un mécanisme nécessaire de règlement des griefs de sorte que le recours à la common law fait double emploi dans tous les cas où la Loi s'applique. Bien que cela ne soit pas déterminant en soi, c'est là à mon avis une bonne indication de l'intention du Parlement que le Code occupe tout le champ lorsqu'il s'agit de déterminer si un syndicat a agi de façon juste.

L'examen des redressements que prévoit l'art. 189 du Code vient appuyer davantage cette conclusion:

189. Lorsque, en vertu de l'article 188, le Conseil décide qu'une partie que concerne une plainte a enfreint le paragraphe 124(4) ou l'un des articles 136.1, 148, 161.1, 184, 185 ou 186, il peut, par ordonnance, requérir ladite partie de se conformer à ce paragraphe ou à cet article et il peut,

a) lorsqu'un employé est touché par une infraction à l'article 136.1, ordonner à un syndicat d'agir au nom dudit employé ou d'aider ce dernier à prendre les mesures ou à entamer et à continuer les procédures que, de l'avis du Conseil, le syndicat aurait dû prendre ou entamer et continuer au nom de l'employé ou aurait dû aider celui-ci à prendre ou à entamer et à continuer;

and, for the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any failure to comply with any provision to which this section applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under this section, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of such failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

The remedial provisions improve significantly the position at common law of an aggrieved person. At common law, courts were restricted to an award of damages, whereas under the *Canada Labour Code* a broad range of remedies designed to "make whole" are available. The range of remedies recognizes that often an award of damages will only go a short distance in remedying the effects of a breach. Parliament has substituted a broad, comprehensive, remedial scheme much superior to an award of damages available at common law. George W. Adams in his text *Canadian Labour Law* (1985) concludes that the Board has a wide discretion in choosing an appropriate remedy. At page 767 he states:

In deciding upon a remedy, a board will consider the size and resources of a union as mitigating factors The remedy can be innovative, and can affect the employer. Where the complaint concerns the failure to pursue a grievance to arbitration, labour boards have ordered the trade union to take the grievance to arbitration, and the employer to waive any preliminary objections to arbitration such as the issue of expired time Trade unions have also been directed to arbitrate grievances and to permit the complainant employee to choose independent legal counsel [Citations omitted.]

The common law duty adds nothing to the effectiveness of the *Canada Labour Code* and serves no purpose in situations where, as here, the Code applies.

The judgment of Chouinard J. for the Court in *Gagnon*, *supra*, also buttresses this conclusion. In that case Chouinard J. canvassed the law relating

en outre, afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente Partie, le Conseil peut, à l'égard de toute infraction à quelque disposition visée par le présent article, exiger d'un employeur ou d'un syndicat, par ordonnance, de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il est juste de lui enjoindre de faire ou de s'abstenir de faire afin de remédier ou de parer à toute conséquence défavorable à la réalisation des objectifs susmentionnés que pourrait entraîner ladite infraction, et ce en plus ou à la place de toute ordonnance que le Conseil est autorisé à rendre en vertu du présent article.

Ces dispositions réparatrices améliorent considérablement la situation en common law d'une personne lésée. En common law, les tribunaux ne pouvaient accorder que des dommages-intérêts, alors que le *Code canadien du travail* prévoit un large éventail de réparations «intégrales». L'éventail des redressements reconnaît que souvent l'attribution de dommages-intérêts remédiera peu aux effets d'un manquement. Le Parlement a substitué un régime de redressements général et complet de beaucoup supérieur à l'attribution de dommages-intérêts prévue en common law. George W. Adams, dans *Canadian Labour Law* (1985), conclut que le Conseil a un vaste pouvoir discrétionnaire de choisir le redressement approprié. À la page 767, il affirme:

[TRADUCTION] Pour décider d'un redressement, une commission tiendra compte de la taille et des ressources d'un syndicat comme facteurs d'atténuation [. . .] Le redressement peut être innovateur et toucher l'employeur. Lorsque la plainte portait sur le défaut de soumettre un grief à l'arbitrage, les commissions des relations du travail ont ordonné au syndicat de soumettre le grief à l'arbitrage et à l'employeur de renoncer à présenter toute objection préliminaire à l'arbitrage, comme la question de l'expiration du délai imparti [. . .] On a également ordonné aux syndicats de soumettre des griefs à l'arbitrage et de permettre à l'employé qui a porté plainte de choisir un avocat indépendant . . . [Citations omises.]

Le devoir de common law n'ajoute rien à l'efficacité du *Code canadien du travail* et n'est d'aucune utilité dans les cas où, comme en l'espèce, le Code s'applique.

Les motifs que le juge Chouinard a rédigés au nom de la Cour dans l'arrêt *Gagnon*, précité, étaient également cette conclusion. Dans cet arrêt,

to the duty of fair representation and included in his summary both cases that relied on a statutory codification of the duty and those that did not. On the basis of this review, he concluded that the duty of fair representation had a definite content. Significantly, no distinction was drawn by the Court between those formulations of the duty based on a codification of the duty and those formulated in the absence of legislative enactment; this informs us that the Court concluded that the common law and statutory codifications had the same content. Based then on this Court's decision in *Gagnon* and a reasonable interpretation of the statutory scheme, it would appear that the rule stated at the outset has been satisfied. In other words, where, in a case such as this one, the statute applies, it, by necessary implication, ousts the common law duty. (See also *Mulherin v. U.S.W.A.*, *Loc. 7884* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 251 (leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xi), at p. 255.)

In view of the legislation we must consider here, the words of McLachlin J. in dissent in *Rawluk*, *supra*, are appropriate. To use her words in the context of this case, the common law duty of fair representation is neither "necessary or appropriate" in circumstances where the statutory duty applies. Parliament has codified the common law duty and provided a new and superior method of remedying a breach. It is therefore reasonable to conclude that while the legislation does not expressly oust the common law duty of fair representation, it does however effect this end by necessary implication or, to once again use the language in *Goodyear Tire*, *supra*, Parliament has, by the enactment of this particular legislative scheme, expressed its intentions with "irresistible clearness".

A necessary caveat to this conclusion is that, while the common law duty will be inoperative in a situation where the terms of the statute apply, a different conclusion may be warranted in a case where the statute is silent or by its terms cannot apply. Such may be the case where the statutory

le juge Chouinard a examiné à fond le droit applicable au devoir de juste représentation et n'a pas fait de distinction dans son résumé entre les arrêts qui se sont appuyés et ceux qui ne se sont pas appuyés sur l'existence du devoir dans une loi. À partir de cet examen, il a conclu que le devoir de juste représentation avait un contenu défini. Cette absence de distinction par la Cour entre les formulations du devoir fondées sur une codification dans une loi et les formulations du devoir en l'absence de texte législatif est révélatrice en ce qu'elle indique que la Cour a conclu que le devoir de common law et le devoir légal ont le même contenu. Ainsi, compte tenu de l'arrêt *Gagnon* de notre Cour et d'une interprétation raisonnable du régime législatif, il semblerait que la règle formulée au départ a été respectée. En d'autres termes, lorsque la Loi s'applique dans une affaire comme celle-ci, elle écarte par déduction nécessaire le devoir de common law. (Voir également *Mulherin v. U.S.W.A.*, *Loc. 7884* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 251 (autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xi), à la p. 255.)

Compte tenu du texte de loi ici en cause, les propos du juge McLachlin, dissidente dans l'arrêt *Rawluk*, précité, sont appropriés. Pour reprendre ses mots dans le contexte de la présente affaire, le devoir de juste représentation reconnu par la common law n'est «ni nécessaire ni approprié» lorsque le devoir prévu par la loi s'applique. Le Parlement a codifié le devoir de common law et prévu une nouvelle façon, qui lui est supérieure, de remédier à un manquement. Il est donc raisonnable de conclure que bien que la Loi n'écarte pas expressément le devoir de juste représentation reconnu par la common law, elle le fait cependant par déduction nécessaire ou, pour reprendre de nouveau les termes de l'arrêt *Goodyear Tire*, précité, le Parlement a, en adoptant ce régime législatif particulier, exprimé son intention «de façon incontestablement claire».

Cette conclusion doit toutefois être nuancée en ce que, même si le devoir de juste représentation en common law est inopérant là où les dispositions de la Loi s'appliquent, il peut en être autrement là où la Loi est silencieuse ou, en raison de ses termes, ne peut s'appliquer ou ne peut s'appliquer

duty is, by its terms, applicable only in circumstances where the breach of the duty arises out of contract administration. Recent amendments to the *Canada Labour Code* may restrict the statutory duty in such a fashion thereby arguably leaving some room for the common law duty to operate at the collective bargaining stage. This is however not the situation here, as the alleged breach occurred in the context of contract administration, and therefore this issue need not be addressed.

A different conclusion may also be warranted where it is not clear that the statute exclusively covers the breach. In other instances, such as in the context of human rights violations, while the statute may apply, the breach may not be properly characterized exclusively as a labour relations matter. In these circumstances jurisdiction may be grounded elsewhere. Since neither of these potential examples are at issue in this case, nothing more need be said of them at this point.

Notwithstanding my conclusion that the provisions contained in the *Canada Labour Code* necessarily oust the common law duty of fair representation in most situations where the terms of the statute apply, it is now necessary to determine whether or not the statutory duty can be the subject of a claim in the ordinary courts or whether instead the legislative scheme has substituted a procedure that must be followed.

Jurisdiction of the Ordinary Courts when the Terms of the Statute Apply

Many of the considerations examined in the previous section will be relevant and applicable in a resolution of this question as one must also examine here the legislative scheme and its underlying objectives. I have already set out the statutory form of the duty, the range of the legislation and the remedies available upon a breach of the duty. Section 122 of the Code (as it read at the time the facts giving rise to the alleged breach

de façon concluante au manquement reproché. Ainsi, ce pourrait être le cas lorsque le devoir légal est, en raison de ses termes, applicable seulement dans des circonstances où le manquement au devoir découle de la gestion des contrats. Il se peut que des modifications récentes apportées au *Code canadien du travail* restreignent le devoir prévu par la Loi de telle sorte que l'on puisse prétendre que le devoir de common law s'applique à l'étape de la négociation collective. Il n'en est cependant rien en l'espèce puisque le manquement reproché s'est produit dans le contexte de la gestion de contrats; il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Une conclusion différente peut aussi être justifiée lorsqu'il n'est pas clair que la Loi s'applique exclusivement au manquement. Dans d'autres cas, comme dans le contexte de la violation des droits de la personne, bien que la Loi puisse s'appliquer, il est possible que le manquement ne puisse être qualifié exclusivement, à juste titre, de question de relations de travail. Dans ces circonstances, le fondement de la compétence peut être ailleurs. Vu que ni l'un ni l'autre de ces exemples possibles n'est ici en cause, il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit sur le sujet.

Nonobstant ma conclusion que les dispositions du *Code canadien du travail* écartent nécessairement le devoir de juste représentation, reconnu par la common law, dans la plupart des cas où les termes de la Loi s'appliquent, il est maintenant nécessaire de déterminer si le devoir légal peut faire l'objet d'une demande devant les tribunaux ordinaires ou si le régime législatif y a plutôt substitué la procédure à suivre.

La compétence des tribunaux ordinaires lorsque les termes de la Loi s'appliquent

Un bon nombre des facteurs discutés précédemment seront pertinents et applicables en réponse à cette question puisqu'il faut également examiner ici le régime législatif et ses objectifs fondamentaux. J'ai déjà reproduit la disposition législative énonçant le devoir, établi la portée de la Loi et énoncé les redressements possibles en cas de manquement au devoir. L'article 122 du Code (tel qu'il se présentait à l'époque où les faits à l'origine du

occurred) contains a privative clause protecting the decisions of the Board:

122. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with paragraph 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall be

(a) questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

While the legislation does not expressly provide that the Board has exclusive jurisdiction, it indicates that Parliament envisioned a fairly autonomous and specialized Board whose decisions and orders were to be accorded deference by the ordinary courts, subject only to review within the confines of the privative clause. As noted earlier, Parliament has provided the duty, the procedure for adjudicating an alleged breach, a wide array of remedies and a privative clause protecting the Board. It can be therefore assumed to have intended that the ordinary courts would have but a small role if any to play in the determination of disputes covered by the statute. An analysis of the legislative scheme would not seem to permit any alternative as any other interpretation would endanger the special role of the Labour Board and the policy underlying the Code. An examination of this particular legislation and its policy objectives would not seem to permit an action in the ordinary courts for a breach of the statutory duty. That, of course, may not be the case for other legislation differently drafted.

manquement reproché se sont produits) contient une clause privative qui protège les décisions du Conseil:

122. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, toute ordonnance ou décision du Conseil est définitive et ne peut être remise en question devant un tribunal ni révisée par un tribunal, si ce n'est conformément à l'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(2) Sauf dans la mesure où le paragraphe (1) le permet, aucune ordonnance, décision ou procédure du Conseil faite ou prise en vertu de l'autorité réelle ou présumée des dispositions de la présente Partie

a) ne peuvent être mises en question, révisées, interdites ou restreintes, ou

b) ne peuvent faire l'objet de procédures devant un tribunal soit sous la forme d'injonction, *certiorari*, prohibition ou *quo warranto*, soit autrement,

pour quelque motif y compris celui qu'elles outrepassent la juridiction du Conseil ou qu'au cours des procédures le Conseil a outrepassé ou perdu sa juridiction.

Bien que la Loi ne prévoie pas expressément que le Conseil a compétence exclusive, elle indique que le Parlement avait en vue un Conseil relativement autonome et spécialisé et que les tribunaux ordinaires devraient faire preuve de retenue judiciaire devant ses décisions et ses ordonnances sous réserve seulement d'un contrôle conforme aux limites de la clause privative. Comme je l'ai déjà souligné, le Parlement a prescrit le devoir, la procédure d'arbitrage d'un manquement reproché, un large éventail de redressements et une clause privative qui protège le Conseil. On peut donc présumer qu'il a voulu que les tribunaux ordinaires ne jouent qu'un rôle limité, le cas échéant, dans le règlement des différends visés par la Loi. Une analyse du régime législatif ne semblerait pas permettre d'autres solutions puisque toute autre interprétation compromettrait le rôle particulier du Conseil des relations du travail et la politique qui sous-tend le Code. Un examen de cette loi particulière et de ses objectifs de principe ne semblerait pas permettre qu'une action soit intentée devant les tribunaux ordinaires en cas de manquement au devoir prescrit par la Loi. Il peut évidemment en être autrement d'autres lois rédigées différemment.

In his text, *Canadian Labour Law*, Adams examines the rationale underlying the deference accorded the decisions and jurisdiction of labour boards and states at p. 154:

Such privative clauses [contained in most legislation which establishes labour relations boards] reflect the rationale for administrative agencies and the importance of finality and speed in labour relations dispute resolution. While courts of superior jurisdiction have historically assumed the duty of supervising tribunals of inferior jurisdiction with the purpose of maintaining the integrity of legal rules, the distinctive characteristics of labour relations warrant a high degree of judicial restraint and self-control.

... Labour relations boards represent greater specialization and expertise. And because of their relative familiarity with the problems before them, labour boards are better able to fashion and monitor workable new policies. Activity before them is also more informal, less costly and expeditious.

This is certainly not the first time this Court has had to resolve questions about the jurisdiction of the courts in the area of labour relations. Before reaching a final conclusion I will briefly examine previous decisions as they relate to this issue.

The starting point in a review of the applicable case law is the reasons of Chief Justice Laskin in the cases of *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, and *Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 S.C.R. 695. In *McGavin Toastmaster* the Chief Justice, speaking for the majority, considered the issue of the Court's ability to adjudicate a claim concerning the interpretation of a collective agreement. The collective agreement provided a grievance procedure and also provided for binding arbitration. On the issue of jurisdiction Laskin C.J. stated at p. 721 that while the jurisdiction of the Court to hear the matter was in doubt since the claim had not proceeded to arbitration, the parties had not raised

Dans son ouvrage *Canadian Labour Law*, Adams examine le raisonnement qui sous-tend cette retenue judiciaire dont font l'objet les décisions et la compétence des commissions des relations du travail et affirme, à la p. 154:

[TRADUCTION] Ces clauses privatives [contenues dans la plupart des lois qui établissent des commissions des relations du travail] font ressortir la raison d'être des organismes administratifs et l'importance du caractère final et de la rapidité dans le règlement des différends en matière de relations du travail. Bien que les tribunaux de compétence supérieure se soient historiquement acquittés de l'obligation de surveiller les tribunaux d'instance inférieure pour assurer le maintien de l'intégrité des règles juridiques, les caractéristiques distinctives des relations de travail justifient un degré très élevé de retenue judiciaire.

... Les commissions des relations du travail font preuve d'une plus grande spécialisation et expertise. Et parce qu'elles connaissent relativement bien les problèmes qui leur sont soumis, les commissions sont mieux en mesure de concevoir de nouvelles politiques pratiques et d'en surveiller l'application. Les activités qui se déroulent devant elles sont également moins formelles, moins onéreuses et expéditives.

Ce n'est certes pas la première fois que notre Cour est appelée à résoudre des questions concernant la compétence des tribunaux judiciaires en matière de relations de travail. Avant d'arriver à une conclusion finale, je vais examiner brièvement les arrêts antérieurs qui portent sur cette question.

Les motifs du juge en chef Laskin dans les arrêts *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, et *Winnipeg Teachers' Association c. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 R.C.S. 695, constituent le point de départ de l'examen de la jurisprudence applicable. Dans l'arrêt *McGavin Toastmaster*, le Juge en chef, s'exprimant au nom de la majorité, a examiné le pouvoir de la Cour d'instruire une demande relative à l'interprétation d'une convention collective. La convention collective prescrivait une procédure de grief ainsi que l'arbitrage obligatoire. Sur la question de compétence, le juge en chef Laskin a affirmé, à la p. 721, que même s'il n'était pas certain que la Cour ait compétence pour entendre l'affaire puisque la demande n'avait pas été soumise à l'arbitrage, les parties n'ayant pas soulevé la question, la Cour instruirait donc le litige en

the issue and therefore the Court would proceed on the basis that it had the necessary jurisdiction.

While this position was adopted by the majority in the *Winnipeg Teachers' Association* case, Laskin C.J., in dissent, would have allowed the appeal on this ground if it had been raised by the parties. His reasoning on this point is set out at p. 706:

Moreover, the machinery for determining contract disputes as prescribed by the collective agreement is not only better suited than resort to the Court, but ought to have been resorted to here

A somewhat similar question faced this Court in *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537. In writing for the Court, Pigeon J. addressed the question of whether the ordinary courts had jurisdiction to entertain a claim based on an interpretation of the collective agreement. The union in that case refused to bring the employee's grievance to arbitration. In deciding that the courts had no jurisdiction to entertain the claim, Pigeon J. for the Court stated at p. 542:

To admit of a right to go to the Superior Court instead of having recourse to arbitration whenever a sum of money is claimed under a collective agreement would make totally ineffective the provision of s. 88 of the *Labour Code*, which reads as follows . . .

88. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement . . .

And further at p. 549:

If, instead of saying that these rights can be exercised only through the grievance procedure provided in the agreement, it is held that any employee whose grievance the Union decides to drop may bring an action in the courts, the nature of the contract is radically altered: it is the Court which makes the final decision, instead of the arbitrator chosen by agreement.

This attitude of judicial deference in the face of both the expertise of specialized tribunals and a demonstrated intention of the Legislature to exclude the courts has also been commented on by this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The judgment of the

tenant pour acquis qu'elle avait la compétence nécessaire pour le faire.

Bien que cette position ait été retenue par la majorité dans l'arrêt *Winnipeg Teachers' Association*, le juge en chef Laskin, dissident, aurait accueilli le pourvoi pour ce motif si la question avait été soulevée par les parties. À la page 706, il motive son opinion comme suit:

De plus, non seulement le mécanisme de règlement prescrit par la convention collective pour les litiges en découlant, est préférable au recours en justice, mais on aurait dû s'en servir ici . . .

Notre Cour s'est prononcée sur une question quelque peu semblable dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la Cour, a examiné la question de savoir si les tribunaux ordinaires avaient compétence pour entendre une demande fondée sur une interprétation de la convention collective. Dans cette affaire, le syndicat avait refusé de soumettre le grief de l'employé à l'arbitrage. En décidant que les tribunaux judiciaires n'avaient pas compétence pour entendre la demande, le juge Pigeon affirme, au nom de la Cour, à la p. 542:

Reconnaître le droit de s'adresser à la Cour supérieure au lieu de recourir à l'arbitrage chaque fois que l'on réclame une somme d'argent en vertu d'une convention collective rendrait illusoire la disposition de l'art. 88 du *Code du travail* qui se lit comme suit . . .

88. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective . . .

Et plus loin, à la p. 549:

Si au lieu de dire que ces droits ne peuvent être réclamés que par la procédure de grief prévue à la convention, on admet que tout employé dont le Syndicat décide de laisser tomber le grief peut se pourvoir devant les tribunaux, la nature du contrat se trouve radicalement modifiée: c'est la Cour qui décide en dernier ressort au lieu de l'arbitre convenu.

Cette attitude de retenue judiciaire envers l'expertise des tribunaux spécialisés et l'intention démontrée du législateur d'écarter les tribunaux ordinaires a également fait l'objet de remarques par notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2

Court was delivered by Dickson J. (as he then was). After examining the terms of a privative clause contained in the relevant legislation, a privative clause whose terms are very similar to that contained in the *Canada Labour Code*, Dickson J. stated (at pp. 235-36) that the clause represented a:

... clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The decision of this Court in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paperworkers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, examined in depth the proper relationship between the courts and the decision-making machinery set up under collective agreements and labour relations legislation. Although Estey J., for the Court, did not consider at length the role played by the Labour Relations Board, his analysis of the overall scheme of labour relations and the policy objectives that drive it are applicable in the case at bar. The Court in *St. Anne* provides a compelling and forceful rationale for the proposition that both statutory and contractual decision-making structures should be respected and deferred to. While the issue in *St. Anne, supra*, as in the first cases mentioned was whether or not an arbitrable dispute was properly before the courts as it had not proceeded to arbitration, the reasoning is nevertheless appropriate and applicable here. Of the proper relationship between the various decision-making structures, Estey J. stated, at p. 718-19:

R.C.S. 227. C'est le juge Dickson (maintenant Juge en chef) qui a rendu l'arrêt de la Cour. Après avoir examiné les termes d'une clause privative contenue dans la loi applicable et formulée en des termes très proches de ceux du *Code canadien du travail*, le juge Dickson a affirmé que la clause illustre (aux pp. 235 et 236):

... clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Dans l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, notre Cour a examiné à fond les rapports qui doivent exister entre les tribunaux judiciaires et le mécanisme décisionnel établi dans les conventions collectives et la législation sur les relations du travail. Bien que le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour, n'ait pas examiné en détail le rôle joué par la commission des relations du travail, son analyse du régime global des relations de travail et des objectifs de principe qui le sous-tendent sont applicables en l'espèce. Dans l'arrêt *St. Anne*, le raisonnement de la Cour est fort persuasif à l'appui de la proposition selon laquelle les mécanismes décisionnels législatifs et contractuels devraient faire l'objet de respect et de retenue. Bien que la question dans l'arrêt *St. Anne*, précité, comme dans les premiers arrêts mentionnés, ait été de savoir s'il convenait de soumettre aux tribunaux judiciaires un différend arbitrable qui n'avait pas été porté à l'arbitrage, le raisonnement est toutefois approprié et applicable en l'espèce. Au sujet du rapport qui doit exister entre les divers mécanismes décisionnels, le juge Estey affirme, aux pp. 718 et 719:

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks.

This Court has more recently considered the question of judicial deference to specialized tribunals in the cases of *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564, and *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. Although the majority did not touch upon this issue in the *TWU* case, it was considered at length in my dissenting reasons. The accepted rationale for such deference is set out on p. 584:

The rationale for this approach has to do with the Court's deference to the "expertise" of statutorily established and administered tribunals. In the field of labour law, the concentration of decision making power among labour tribunals and arbitrators is designed for efficiency, and is tailored to the development of a coherent labour law policy.

While this approach may constitute the general approach, it does not of course prevail in the face of jurisdictional error (see p. 585) nor does it prevail when the impugned decision is outside the acknowledged "expertise" of the board or tribunal as was the case in *Bell Canada, supra*. That case concerned an application by Bell Canada for a general rate increase. In reaching his conclusion, Gonthier J. considered the question of curial deference to the decisions of specialized tribunals. He begins his analysis at p. 1743 and at p. 1746 states, albeit in the context of statutory appeals as opposed to judicial review, that deference should

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law* [...] L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.

Plus récemment, notre Cour a examiné la question de la retenue judiciaire à l'égard des tribunaux spécialisés dans les arrêts *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564, et *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722. Bien que les juges de la majorité n'aient pas examiné cette question dans l'arrêt *STT*, j'en ai traité longuement dans mes motifs de dissidence. La philosophie sous-jacente non contestée, qui justifie cette retenue, est ainsi formulée, à la p. 584:

Cette politique s'explique par le respect de la Cour pour «l'expertise» des tribunaux constitués et administrés en vertu de la loi. Dans le domaine du droit du travail, la concentration du pouvoir décisionnel entre les mains des tribunaux du travail et des arbitres vise à favoriser l'efficacité et est adaptée au développement d'une politique cohérente en matière de droit du travail.

Bien que ce point de vue puisse représenter l'approche générale de la question, il ne saurait évidemment prévaloir devant une erreur de compétence (voir p. 585) ni lorsque la décision contestée ne relève pas de «l'expertise» reconnue de la commission ou du tribunal administratif comme dans le cas de l'arrêt *Bell Canada*, précité. Cet arrêt portait sur une demande de majoration tarifaire générale présentée par Bell Canada. En parvenant à sa conclusion, le juge Gonthier a examiné la question de la retenue judiciaire envers les décisions des tribunaux spécialisés. Il commence son analyse à la p. 1743 et, à la p. 1746, il affirme,

be accorded to the decisions of tribunals made within their area of expertise:

... within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

It is clear then that this Court has enunciated a principle of deference, not only to decision-making structures under the collective agreement but as well to structures set up by labour legislation and in general, to specialized tribunals operating within their fields of expertise. When the relevant statute requires collective agreements to provide for the final and binding settlement of disputes, it becomes difficult if not impossible to distinguish *St. Anne, supra*, and similarly reasoned cases on the basis that the issue in those cases concerned the relationship between contractual dispute resolution and the jurisdiction of the ordinary courts, not the relationship between statutory dispute resolution and the courts. The concern that recourse to the ordinary courts may jeopardize the comprehensive dispute resolution process contained in labour relations legislation is one that arises in this latter situation as well. Allowing parties to disputes which, by their very nature, are those contemplated and regulated by labour legislation, to have recourse to the ordinary courts would fly in the face of the demonstrated intention of Parliament to provide an exclusive and comprehensive mechanism for labour dispute resolution, particularly in the context of the present case.

I concluded earlier that the common law duty of fair representation was by necessary implication ousted in situations where the statute applies. As the statute is applicable in the present case, the

quoique ce soit dans le contexte des appels prévus par la loi par opposition au contrôle judiciaire, qu'il faudrait faire preuve de retenue envers les décisions que rendent les tribunaux administratifs dans leur domaine d'expertise:

... dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

Il est donc clair que notre Cour a formulé un principe de retenue non seulement envers les mécanismes décisionnels prévus par la convention collective, mais également envers les mécanismes établis par les lois en matière de travail et, en général, envers les tribunaux spécialisés dont les décisions relèvent de leur champ d'expertise. Lorsque la loi applicable exige que les conventions collectives prescrivent le caractère final et exécutoire du règlement des conflits, il devient difficile, sinon impossible, de distinguer l'arrêt *St. Anne*, précité, et les arrêts rendus pour des motifs semblables en affirmant que la question soulevée dans ces arrêts portait sur les rapports entre un mécanisme contractuel de règlement des différends et la compétence des tribunaux ordinaires et non le rapport entre un mécanisme légal de règlement des différends et les tribunaux. La crainte que le recours aux tribunaux ordinaires puisse compromettre le processus global de règlement des différends prévu dans les lois sur les relations du travail est un problème qui se pose dans ce dernier cas également. Permettre aux parties à un différend qui, par sa nature même, est un différend envisagé et régi par la législation sur les relations du travail, de recourir aux tribunaux ordinaires ferait fi de l'intention démontrée par le Parlement de prévoir un mécanisme exclusif et global de règlement des différends en matière de travail, particulièrement dans le contexte du présent pourvoi.

J'ai déjà conclu que le devoir de juste représentation reconnu par la common law était, par déduction nécessaire, écarté dans les cas où la Loi s'applique. Puisque la Loi s'applique ici, l'intimé

respondent in this case cannot base his claim on the common law but must instead have recourse to the statute. For the above reasons, I would also conclude that the statutory duty owed the respondent was one that must first proceed to the decision-making structure assigned this task under the legislation, the Canada Labour Relations Board. There is no original jurisdiction in the ordinary courts to decide the matter, only the ability to review Board decisions in the very limited parameters contemplated by the privative clause.

For these reasons I would conclude that the Manitoba Court of Queen's Bench, in entertaining the respondent's claim, improperly assumed jurisdiction in this case.

The Duty of Fair Representation

It is not strictly necessary to consider the reasons of the Court of Appeal as regards the duty of fair representation because I have concluded that a determination of this point is within the original jurisdiction of the Canada Labour Relations Board. I will however make some brief comments about the factors that must be examined in determining whether the union has breached its duty and their application to the facts by the Court of Appeal in this case.

The leading case in this area is *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, *supra*. While the facts giving rise to the claim in *Gagnon* occurred prior to statutory codification of the duty, the principles set out by Chouinard J. were based on a review that included both cases based on statutory formulations and those that were not and drew no distinction between the cases based on the different statutory terms which set out the duty. After an impressive and lengthy review of the Canadian jurisprudence, Chouinard J. for the Court lists at p. 527 the principles governing the duty of a union to fairly represent its members:

The following principles, concerning a union's duty of representation in respect of a grievance, emerge from the case law and academic opinion consulted.

ne peut fonder sa demande sur la common law mais doit plutôt avoir recours à la Loi. Pour les motifs qui précèdent, je suis également d'avis que le devoir établi par la Loi en faveur de l'intimé doit d'abord être examiné par l'instance décisionnelle à qui la Loi a confié cette tâche, savoir le Conseil canadien des relations du travail. Les tribunaux ordinaires n'ont aucune compétence de première instance pour trancher l'affaire, ils n'ont que le pouvoir de contrôler les décisions du Conseil à l'intérieur des paramètres très étroits de la clause privative.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, en entendant la demande de l'intimé, a conclu à tort qu'elle avait compétence pour le faire.

Le devoir de juste représentation

Il n'est pas strictement nécessaire d'examiner les motifs de la Cour d'appel au sujet du devoir de juste représentation puisque j'ai conclu que cette question relève de la compétence de première instance du Conseil canadien des relations du travail. Il y a lieu cependant de faire quelques brèves observations concernant les facteurs qui doivent être examinés pour déterminer si le syndicat a manqué à son devoir de juste représentation et la façon dont la Cour d'appel les a appliqués aux faits de l'espèce.

L'arrêt de principe dans ce domaine est l'arrêt *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, précité. Bien que les faits à l'origine de l'affaire dans l'arrêt *Gagnon* se soient produits avant que le devoir ne soit codifié dans une loi, les principes formulés par le juge Chouinard se fondaient sur une analyse des arrêts où le devoir était prévu par la loi et de ceux dans lesquels il n'était pas prévu par la loi, et il n'a fait aucune distinction entre les arrêts fondés sur les diverses formulations législatives du devoir. Après un examen exhaustif et impressionnant de la jurisprudence canadienne, le juge Chouinard expose au nom de la Cour, à la p. 527, les principes régissant le devoir d'un syndicat de représenter ses membres de façon juste:

De la jurisprudence et de la doctrine consultées se dégagent les principes suivants, en ce qui touche le devoir de représentation d'un syndicat relativement à un grief:

1. The exclusive power conferred on a union to act as spokesman for the employees in a bargaining unit entails a corresponding obligation on the union to fairly represent all employees comprised in the unit.

2. When, as is true here and is generally the case, the right to take a grievance to arbitration is reserved to the union, the employee does not have an absolute right to arbitration and the union enjoys considerable discretion.

3. This discretion must be exercised in good faith, objectively and honestly, after a thorough study of the grievance and the case, taking into account the significance of the grievance and of its consequences for the employee on the one hand and the legitimate interests of the union on the other.

4. The union's decision must not be arbitrary, capricious, discriminatory or wrongful.

5. The representation by the union must be fair, genuine and not merely apparent, undertaken with integrity and competence, without serious or major negligence, and without hostility towards the employee.

In distilling these five principles Chouinard J. relied heavily on *Rayonier Canada (B.C.) Ltd.*, *supra*, a decision by the British Columbia Labour Relations Board. At pages 201-2 the Board states:

The union must not be actuated by bad faith in the sense of personal hostility, political revenge, or dishonesty. There can be no discrimination, treatment of particular employees unequally whether on account of such factors as race and sex ... or simple, personal favoritism. Finally, a union cannot act arbitrarily, disregarding the interests of one of the employees in a perfunctory matter. Instead, it must take a reasonable view of the problem before it and arrive at a thoughtful judgment about what to do after considering the various relevant and conflicting considerations.

The principles set out in *Gagnon* clearly contemplate a balancing process. As is illustrated by the situation here a union must in certain circumstances choose between conflicting interests in order to resolve a dispute. Here the union's choice was clear due to the obvious error made in the selection process. The union had no choice but to adopt that position that would ensure the proper interpretation of the collective agreement. In a situation of conflicting employee interests, the

1. Le pouvoir exclusif reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation comporte en contrepartie l'obligation de la part du syndicat d'une juste représentation de tous les salariés compris dans l'unité.

2. Lorsque, comme en l'espèce et comme c'est généralement le cas, le droit de porter un grief à l'arbitrage est réservé au syndicat, le salarié n'a pas un droit absolu à l'arbitrage et le syndicat jouit d'une discrétion appréciable.

3. Cette discrétion doit être exercée de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier, tout en tenant compte de l'importance du grief et des conséquences pour le salarié, d'une part, et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part.

4. La décision du syndicat ne doit pas être arbitraire, capricieuse, discriminatoire, ni abusive.

5. La représentation par le syndicat doit être juste, réelle et non pas seulement apparente, faite avec intégrité et compétence, sans négligence grave ou majeure, et sans hostilité envers le salarié.

En dégageant ces cinq principes, le juge Chouinard s'est fortement appuyé sur la décision *Rayonier Canada (B.C.) Ltd.*, précitée, de la commission des relations du travail de la Colombie-Britannique. Aux pages 201 et 202, la commission affirme:

[TRADUCTION] Le syndicat ne doit pas agir de mauvaise foi en se montrant hostile, en voulant se venger pour des raisons politiques ou en faisant preuve de malhonnêteté. Il doit éviter, à l'égard de certains employés, toute discrimination fondée sur la race et le sexe [...] ou sur le simple favoritisme. Enfin, un syndicat ne doit pas agir arbitrairement ni, de façon négligente, méconnaître les intérêts d'un employé. Il doit au contraire se pencher sur les problèmes qui lui sont soumis et réfléchir sur les mesures à prendre après avoir examiné les différents éléments pertinents et opposés.

Les principes formulés dans l'arrêt *Gagnon* prévoient clairement un processus d'équilibration. Comme l'indique la présente situation, un syndicat doit, dans certaines circonstances, faire un choix entre des intérêts opposés pour résoudre un différend. En l'espèce, le choix du syndicat était clair en raison de l'erreur manifeste commise dans le processus de sélection. Le syndicat n'avait d'autre choix que d'adopter la position qui serait conforme à l'interprétation appropriée de la convention col-

union may pursue one set of interests to the detriment of another as long as its decision to do so is not actuated by any of the improper motives described above, and as long as it turns its mind to all the relevant considerations. The choice of one claim over another is not in and of itself objectionable. Rather, it is the underlying motivation and method used to make this choice that may be objectionable.

Disposition

On the whole, I conclude that the Manitoba Court of Queen's Bench had no jurisdiction to entertain the respondent's claim under the *Canada Labour Code*. The claim should have been litigated before the Canada Labour Relations Board.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and dismiss the respondent's action against the appellants, with costs. Due to the nature of the case there will be no order as to costs in this Court.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Skwark Myers Kussin Weinstein, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Sidney Green, Winnipeg.

lective. Lorsque les employés ont des intérêts opposés, le syndicat peut choisir de défendre un ensemble d'intérêts au détriment d'un autre pourvu que sa décision ne découle pas des motifs irréguliers décrits précédemment et pourvu qu'il examine tous les facteurs pertinents. Le choix de présenter une demande plutôt qu'une autre ne peut en soi faire l'objet d'une objection. Ce sont plutôt les motifs sous-jacents et la méthode utilisée pour effectuer ce choix qui peuvent faire l'objet d'une objection.

Dispositif

Sur l'ensemble, je conclus que la Cour du Banc de la Reine du Manitoba n'avait pas compétence pour entendre la demande de l'intimé en vertu du *Code canadien du travail*. La demande aurait dû être soumise au Conseil canadien des relations du travail.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter avec dépens l'action de l'intimé contre les appelants. Étant donné la nature de l'affaire, il n'y aura pas d'adjudication de dépens en notre Cour.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Skwark Myers Kussin Weinstein, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Sidney Green, Winnipeg.

Centre hospitalier Régina Ltée *Appellant*

v.

Judge Bernard Prud'homme and the Labour Court *Respondents*

and

Cécile Montigny, Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.) and Raynald Fréchette, in his capacity as Minister of Labour *Mis en cause*

INDEXED AS: CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE V. LABOUR COURT

File No.: 20746.

1990: January 26; 1990: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Union — Duty of representation — Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed — Whether union breached its duty of representation — Limits on union discretion to take grievance to arbitration — Scope of Labour Court's power of redress where union breaches its duty of representation — Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

Labour relations — Labour Court — Jurisdiction — Scope of Labour Court's power of redress — Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed — Breach by union of its duty of representation — Whether Labour Court exceeded its jurisdiction by referring employee's claim to arbitration — Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

As a result of many absences from work due to illness, an employee was notified by her employer that it regarded her behaviour as an abandonment of her position. At the employee's request, the union filed a grievance dismissal against the employer, and following numerous delays this grievance was entered on the social

Centre hospitalier Régina Ltée *Appelante*

c.

Monsieur le juge Bernard Prud'homme et le Tribunal du travail *Intimés*

et

Cécile Montigny, Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.) et Raynald Fréchette, en sa qualité de ministre du Travail *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE c. TRIBUNAL DU TRAVAIL

N° du greffe: 20746.

1990: 26 janvier; 1990: 31 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations de travail — Syndicat — Devoir de représentation — Désistement par le syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la suite d'une entente globale de règlement des griefs à l'occasion du renouvellement de la convention collective — Le syndicat a-t-il manqué à son devoir de représentation? — Limites à la discrétion d'un syndicat de poursuivre ou non un grief à l'arbitrage — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail en cas de manquement par le syndicat à son devoir de représentation — Interprétation des art. 47.2 à 47.6 du Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

Relations de travail — Tribunal du travail — Compétence — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail — Désistement par le syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la suite d'une entente globale de règlement des griefs à l'occasion du renouvellement de la convention collective — Manquement du syndicat à son devoir de représentation — Le Tribunal du travail a-t-il excédé sa compétence en déférant à l'arbitrage la réclamation du salarié? — Interprétation des art. 47.2 à 47.6 du Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

À la suite de nombreuses absences du travail pour raison de maladie, l'employée a été avisée par son employeur que son attitude était considérée comme un abandon de poste. À la demande de l'employée, le syndicat a déposé un grief de congédiement contre l'employeur et, à la suite de divers délais, ce grief a été

affairs arbitration roster. When the collective agreement was renewed, the employer and the union signed a general agreement to settle grievances, including the grievance relating to the employee's dismissal. A member of the union stated that it did not realize one of the grievances concerned a dismissal. When notified several months later that her grievance had been withdrawn, the employee filed a complaint with the Minister of Labour alleging a breach by the union of its duty of representation. As no settlement was reached between the employee and the union within fifteen days of the appointment of an investigator by the Minister, the employee filed an application with the Labour Court under s. 47.4 of the Code, asking that the Labour Court order that her claim be referred to arbitration. The Court held that ss. 47.2 *et seq.* of the Code were applicable since this was not an abandonment of a position but rather a dismissal. Characterizing the union's conduct as cavalier and arbitrary, the court concluded that it had failed in its duty of fair representation, allowed the application and referred the employee's claim to an arbitrator appointed by the Minister. The employer then applied to the Superior Court for a writ of evocation against the Labour Court's decision. The Superior Court dismissed the application and this judgment was affirmed by the Court of Appeal. This appeal concerns the interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of the Code, and in particular, is to determine whether these sections are applicable to the claim of an employee whose grievance against her dismissal was the subject of an agreement between her employer and her union, when the matter was before an arbitrator but there had not yet been any decision on the grievance.

Held: The appeal should be dismissed.

By adopting ss. 47.2 to 47.6 of the *Labour Code* in 1977 the Quebec legislator codified the duty of representation and gave the employee a remedy in certain cases where the union breaches its duty. The duty of representation as codified in s. 47.2 of the Code does not differ greatly from that formulated by the courts prior to 1977. In a grievance proceeding, the union must (1) carefully consider the merits of the grievance to decide whether it should be taken to arbitration; (2) if the union decides that the grievance has merit, it must represent the employee without serious negligence, discrimination or bad faith at all subsequent stages of the grievance procedure. Although the union is acting as a defender of an employee's rights, it must take into account the interests of the bargaining unit as a whole in exercising its discretion whether or not to proceed with a grievance. However, this discretion is not unlimited. A

inscrit au rôle d'arbitrage des affaires sociales. À l'occasion du renouvellement de la nouvelle convention collective, l'employeur et le syndicat ont signé une entente globale de règlement des griefs, y compris le grief relatif au congédiement de l'employée. Selon un membre du syndicat, celui-ci n'aurait pas réalisé que l'un des griefs concernait un congédiement. Informée du désistement de son grief plusieurs mois plus tard, l'employée a porté plainte au ministre du Travail, invoquant un manquement du syndicat à son devoir de représentation. Puisque aucun règlement n'est intervenu entre l'employée et le syndicat dans les quinze jours de la nomination d'un enquêteur par le Ministre, l'employée a présenté une requête au Tribunal du travail, en vertu de l'art. 47.4 du Code, pour qu'il ordonne que sa réclamation soit déferée à l'arbitrage. Le tribunal a décidé que les art. 47.2 et suiv. du Code étaient applicables puisqu'il ne s'agissait pas d'un abandon de poste mais bien d'un renvoi. Qualifiant la conduite du syndicat de désinvolte et d'arbitraire, le tribunal a conclu à un manquement à son devoir de juste représentation, a accueilli la requête et déferé à un arbitre nommé par le Ministre la réclamation de l'employée. L'employeur s'est alors adressé à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision du Tribunal du travail. La Cour supérieure a rejeté la requête et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise l'interprétation des art. 47.2 à 47.6 du Code et, en particulier, à déterminer si ces articles sont applicables à la réclamation d'un employé dont le grief à l'encontre de son congédiement a fait l'objet d'une entente entre son employeur et son syndicat, alors qu'un arbitre avait été saisi du grief mais ne l'avait pas encore décidé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En adoptant en 1977 les art. 47.2 à 47.6 du *Code du travail*, le législateur québécois a codifié le devoir de représentation et accordé au salarié un recours dans certains cas où le syndicat manque à son devoir. Le devoir de représentation, tel que codifié à l'art. 47.2 du Code, ne diffère pas de manière notable de celui élaboré par la jurisprudence avant 1977. Dans le cadre de la procédure de griefs, le syndicat doit (1) considérer avec diligence le bien-fondé du grief afin de décider s'il doit être porté à l'arbitrage; (2), si le syndicat évalue le grief comme bien fondé, il doit représenter sans négligence grave, discrimination ou mauvaise foi, le salarié à tous les stades ultérieurs de la procédure de traitement du grief. Bien que le syndicat agisse à titre de défenseur des droits d'un salarié, il doit également tenir compte des intérêts de l'ensemble de l'unité d'accréditation dans l'exercice de sa discrétion de poursuivre ou non un grief.

union may not "sacrifice" any grievance which it feels is valid during negotiations with the employer in order to obtain a concession of better working conditions or other benefits for the bargaining unit as a whole. Though the union must have some discretion in collective bargaining to "swap" grievances, in exercising its discretion the union must take into account the nature of the rights which the employee is seeking to enforce by his grievance. There will be situations where the abandonment of an apparently valid grievance by the union will have such consequences for the employee in question that it will substantially restrain the union's discretion. The wording of ss. 47.2 *et seq.* of the Code is consistent with the view that the union's discretion is limited when confronted with a choice between its duty of care toward an employee and that of representing the members of the bargaining unit. The legislator has clearly indicated his preference by specifying in s. 47.3 the cases in which arbitration of a grievance may survive its abandonment by the union: namely, cases of dismissal and disciplinary sanctions. In this case, the union infringed its duty of representation as defined in s. 47.2 of the Code. The union, which disposed of the employee's grievance regarding dismissal without even telling her, exercised its discretion not on serious grounds, taking into consideration advantages beneficial to the employees as a whole, but rather on grounds completely unrelated to the facts of the grievance, in a case where the nature of the latter did not permit this approach.

Where a union which has filed a grievance regarding an employee's dismissal subsequently concludes an agreement with the employer by which it withdraws the grievance in violation of its duty of representation, the Labour Court has jurisdiction under s. 47.5 of the Code to refer the matter to arbitration. Section 47.5 applies because there had been no decision by an arbitrator on the merits of the case, as the arbitration process was interrupted by the conclusion of an agreement between the union and the employer before the grievance was heard. Such an agreement cannot be likened to an arbitral award (s. 101 of the Code) or a civil transaction (art. 1920 *C.C.L.C.*) so as to deprive the Labour Court of its jurisdiction under s. 47.5. The filing of the agreement with the arbitrator under s. 100.3 of the Code has a purely procedural purpose and is only intended to technically terminate the dispute between the employer and the union as well as to inform the arbitrator of the existence of the agreement. It does not have the effect of making the agreement final.

Cette discrétion n'est cependant pas sans limites. Un syndicat ne peut «sacrifier» n'importe quel grief qu'il considère bien fondé au cours de négociations avec l'employeur, afin d'obtenir en concession de meilleures conditions de travail ou autres bénéfiques pour l'ensemble de l'unité d'accréditation. Bien qu'il soit nécessaire que le syndicat jouisse d'une certaine discrétion à l'occasion de négociations collectives pour traiter les griefs comme monnaie d'échange, le syndicat doit tenir compte dans l'exercice de sa discrétion de la nature des droits que cherche à faire respecter le salarié par son grief. En effet, il existe des situations où la renonciation par le syndicat à un grief apparemment bien fondé aura des conséquences telles pour le salarié concerné qu'elle constituera un frein à la discrétion du syndicat. Le texte des art. 47.2 et suiv. du Code s'intègre dans ce courant qui vise à limiter la discrétion d'un syndicat lorsque confronté au choix entre son devoir de diligence envers un salarié et celui de représentation des membres de l'unité d'accréditation. Le législateur a clairement manifesté sa préférence en précisant à l'art. 47.3 les cas où l'arbitrage d'un grief pourra survivre à son abandon par le syndicat: soit les cas de renvois et de sanctions disciplinaires. En l'espèce, le syndicat a manqué à son devoir de représentation, tel que défini à l'art. 47.2 du Code. Le syndicat, qui a disposé du grief relatif au congédiement de l'employée sans même l'en informer, a exercé sa discrétion en se fondant non pas sur des motifs sérieux, qui prennent en considération des avantages bénéfiques pour l'ensemble des salariés, mais bien au contraire sur des motifs complètement étrangers aux faits du grief, dans un cas où la nature de celui-ci ne le permettait pas.

Lorsqu'un syndicat qui a déposé un grief relatif au congédiement d'un employé conclut par la suite une entente avec l'employeur comportant désistement de ce grief contrairement à son devoir de représentation, le Tribunal du travail a compétence, en vertu de l'art. 47.5 du Code, pour déférer l'affaire à l'arbitrage. L'article 47.5 s'applique parce qu'il n'y a pas eu de décision d'un arbitre sur le fond du litige, le processus d'arbitrage ayant été interrompu avant l'audition du grief par l'intervention d'un accord entre le syndicat et l'employeur. Un tel accord ne peut être assimilé à une décision arbitrale (art. 101 du Code) ou à une transaction civile (art. 1920 *C.c.B.-C.*) de façon à priver le Tribunal du travail de sa compétence en vertu de l'art. 47.5. Le dépôt de l'entente auprès de l'arbitre en vertu de l'art. 100.3 du Code a une vocation purement procédurale et ne vise qu'à mettre fin techniquement au litige existant entre l'employeur et le syndicat, et à informer l'arbitre de l'existence de cet accord. Ce dépôt n'a pas pour effet de donner à l'entente un caractère définitif.

Cases Cited

Applied: *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; **considered:** *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 S.C.R. 401; *Milhomme v. Aubé*, [1984] C.A. 1; *Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson v. Baena* (1987), 7 Q.A.C. 153; **referred to:** *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944); *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967); *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74; *Bachiu and United Steelworkers of America, Local 1005*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 431; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique v. Richer*, [1983] C.A. 167.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35.
Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.
Civil Code of Lower Canada, art. 1920.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 846.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47, 47.1, 47.2 to 47.6, 63(a), 72, 100.0.2, [ad. 1983, c. 22, s. 62], 100.3 [am. 1983, c. 22, s. 67], 101, 101.6, 109.1 et seq., 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93].

Authors Cited

Blumrosen, Alfred A. "The Worker and Three Phases of Unionism: Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship" (1963), 61 *Mich. L. Rev.* 1435.
 Clark, Julia Penny. "The Duty of Fair Representation: A Theoretical Structure" (1973), 51 *Tex. L. Rev.* 1119.
 Gagnon, Jean-Denis. "Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois" (1981), 41 *R. du B.* 639.
 Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989, vol. 6. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'université Laval, 1987.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; **arrêts examinés:** *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 R.C.S. 401; *Milhomme c. Aubé*, [1984] C.A. 1; *Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson c. Baena* (1987), 7 Q.A.C. 153; **arrêts mentionnés:** *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944); *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Asselin c. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74; *Bachiu and United Steelworkers of America, Local 1005*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 431; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique c. Richer*, [1983] C.A. 167.

Lois et règlements cités

Code civile du Bas-Canada, art. 1920.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 846.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47, 47.1, 47.2 à 47.6, 63(a), 72, 100.0.2 [aj. 1983, ch. 22, art. 62], 100.3 [mod. 1983, ch. 22, art. 67], 101, 101.6, 109.1 et suiv., 139 [rempl. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93].
Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35.
Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45.

Doctrines citées

Blumrosen, Alfred A. «The Worker and Three Phases of Unionism: Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship» (1963), 61 *Mich. L. Rev.* 1435.
 Clark, Julia Penny. «The Duty of Fair Representation: A Theoretical Structure» (1973), 51 *Tex. L. Rev.* 1119.
 Gagnon, Jean-Denis. «Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois» (1981), 41 *R. du B.* 639.
 Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989, vol. 6. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'université Laval, 1987.

- Mailhot, Louise. «La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans Rodrigue Blouin et autres (éd.), *Le Code du travail, 15 ans après* . . . Québec: Presses de l'université Laval, 1979.
- Matteau, Colette. «La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans Rodrigue Blouin et autres (éd.), *Le Code du travail du Québec, 15 ans après* . . . Québec: Presses de l'université Laval, 1979.
- Morin, Fernand et Rodrigue Blouin. *Arbitrage des griefs*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Morin, Fernand. *Rapports collectifs du travail*. Montréal: Thémis, 1982.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Mailhot, Louise. «La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans Rodrigue Blouin et autres (éd.), *Le Code du travail, 15 ans après* . . . Québec: Presses de l'université Laval, 1979.
- Matteau, Colette. «La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans Rodrigue Blouin et autres (éd.), *Le Code du travail du Québec, 15 ans après* . . . Québec: Presses de l'université Laval, 1979.
- Morin, Fernand et Rodrigue Blouin. *Arbitrage des griefs*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Morin, Fernand. *Rapports collectifs du travail*. Montréal: Thémis, 1982.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 253, affirming a judgment of the Superior Court¹, declining to issue a writ of evocation against a decision of the Labour Court, D.T.E. 85T-254. Appeal dismissed.

Louis Gagnon and Carmelle Marchessault, for the appellant.

André Fauteux, for the respondents and the mis en cause Fréchette.

Jean-Yves Brière and P. Gonneville, for the mis en cause Montigny.

Maurice Sauvé, for the mis en cause Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.)

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal requires the interpretation of ss. 47.2 *et seq.* of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (hereinafter "L.C."), which govern the duty of fair representation of an employee association (or union) in labour relations and determine the consequences of noncompliance.

In particular, this case puts in question the finality of the settlement of grievances between an employer and a union in light of an employee's right to arbitrate a grievance filed against his dismissal. In the present case the settlement in

¹ S.C. Mtl., No. 500-05-002562-856, August 28, 1985 (Arsenault J.)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 253, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision du Tribunal du travail, D.T.E. 85T-254. Pourvoi rejeté.

Louis Gagnon et Carmelle Marchessault, pour l'appelante.

André Fauteux, pour les intimés et le mis en cause Fréchette.

Jean-Yves Brière et P. Gonneville, pour la mise en cause Montigny.

Maurice Sauvé, pour le mis en cause le Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.)

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi requiert l'interprétation des art. 47.2 *et suiv.* du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27 (ci-après «C.t.»), qui régissent, en matière de relations de travail, le devoir de juste représentation d'une association (ou syndicat) de salariés et déterminent les conséquences de son inobservation.

Plus précisément, ce litige met en cause le caractère définitif des règlements de griefs entre employeur et syndicat en regard du droit d'un salarié à l'arbitrage d'un grief déposé à l'encontre de son congédiement. En l'espèce, le règlement en

¹ C.S. Mtl., n° 500-05-002562-856, le 28 août 1985 (le juge Arsenault).

question was concluded without the employee's participation and was part of a general agreement to settle grievances on the occasion of the renewal of a collective agreement.

The Legislation

This appeal essentially turns on the interpretation of the mechanisms established by ss. 47.3 to 47.6 L.C., regarding a union's duty of representation covered by s. 47.2 L.C. At the time this dispute arose, these provisions, as well as the provision relating to the filing of the collective agreement, read as follows:

47.2. [Behaviour of certified association] A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

47.3. [Complaint to Minister] If an employee who has been the subject of dismissal or of a disciplinary sanction believes that the certified association is, in that respect, violating section 47.2, he shall, if he wishes to invoke this section, submit a written complaint to the Minister within six months. The Minister shall appoint an investigator who shall endeavour to settle the dispute to the satisfaction of the interested parties and of the certified association.

47.4. [Application to Court] If no settlement has been reached within fifteen days of the appointment of the investigator or if the association does not carry out the agreement, the employee shall, if he wishes to invoke section 47.2, apply to the Court within the fifteen ensuing days to request that his claim be referred to arbitration.

47.5. [Authorization of Court] If the Court considers that the association has violated section 47.2, it may authorize the employee to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister for decision in the manner provided for in the collective agreement, as in the case of a grievance. Sections 100 to 101.10 apply *mutatis mutandis*. The association shall pay the employee's costs.

[Other order] The Court may, in addition, make any other order it considers necessary in the circumstances.

47.6. [Non-observance of delays] If a claim is referred to an arbitrator pursuant to section 47.5, the employer shall not allege the association's non-observance of the

question a été conclu sans le concours du salarié et s'inscrit dans une entente globale de règlement de griefs à l'occasion du renouvellement d'une convention collective.

a Textes législatifs applicables

Comme le pourvoi porte essentiellement sur l'interprétation des mécanismes établis par les art. 47.3 à 47.6 C.t., en ce qui concerne l'obligation de représentation d'un syndicat prévue à l'art. 47.2 C.t., il y a lieu de reproduire dès maintenant ces dispositions de même que celle relative au dépôt de la convention collective, telles qu'elles existaient au moment où le litige a pris naissance:

47.2. [Égalité de traitement par l'association accréditée] Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

47.3. [Plainte au ministre] Si un salarié qui a subi un renvoi ou une sanction disciplinaire croit que l'association accréditée viole à cette occasion l'article 47.2, il doit, s'il veut se prévaloir de cet article, porter plainte par écrit au ministre dans les six mois. Le ministre nomme un enquêteur qui tente de régler la plainte à la satisfaction de l'intéressé et de l'association accréditée.

47.4. [Requête au tribunal] Si aucun règlement n'intervient dans les quinze jours de la nomination de l'enquêteur ou si l'association ne donne pas suite à l'entente, le salarié doit, s'il veut se prévaloir de l'article 47.2, faire une requête au tribunal dans les quinze jours suivants et demander à ce dernier que sa réclamation soit déferée à l'arbitrage.

47.5. [Autorisation du tribunal] Si le tribunal estime que l'association a violé l'article 47.2, il peut autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief. Les articles 100 à 101.10 s'appliquent, *mutatis mutandis*. L'association paie les frais encourus par le salarié.

[Autre ordonnance] Le tribunal peut, en outre, rendre toute autre ordonnance qu'il juge nécessaire dans les circonstances.

47.6. [Inobservation des délais] Si une réclamation est déferée à un arbitre en vertu de l'article 47.5, l'employeur ne peut opposer l'inobservation par l'association

procedure and delays provided for in the collective agreement for the settlement of grievances.

72. [Agreement in force upon filing] No collective agreement shall take effect until the filing at the office of the labour commissioner-general of five exemplars or copies, true to the original, of such collective agreement and of a true copy of its schedules. The same rule applies to any amendment subsequently made to such collective agreement.

These provisions remain unchanged to date apart from s. 47.4, where the time within which a settlement may be reached has been extended from fifteen to thirty days (S.Q. 1983, c. 22, s. 24).

The procedural framework used here is the motion in evocation pursuant to art. 846 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

846. The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

- (1) when there is want or excess of jurisdiction;
- (2) when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;
- (3) when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;
- (4) when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

Mention should be made here of s. 139 L.C., which prohibits recourse to art. 846 *C.C.P.*:

139. [Prohibited recourses] Except on a question of jurisdiction, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure shall be exercised and no injunction granted against any arbitrator, certification agent, labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

It is well settled law, however, that such a privative clause is not a bar to the exercise by the ordinary courts of their superintending and

de la procédure et des délais prévus à la convention collective pour le règlement des griefs.

72. [Convention en vigueur sur dépôt] Une convention collective ne prend effet qu'à compter du dépôt, au greffe du bureau du commissaire général du travail, de cinq exemplaires ou copies conformes à l'original, de cette convention collective et d'une copie conforme de ses annexes. Il en est de même de toute modification qui est apportée par la suite à cette convention collective.

Ces dispositions demeurent à ce jour inchangées mis à part l'art. 47.4, où le délai dans lequel peut intervenir un règlement a été étendu de quinze à trente jours (L.Q. 1983, ch. 22, art. 24).

Le cadre procédural ici utilisé est la requête en évocation, prévue à l'art. 846 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25:

846. La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;
3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra être rendue;
4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

Doit ici être mentionné l'art. 139 C.t., qui prohibe le recours à l'art. 846 *C.p.c.*:

139. [Recours prohibés] Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle.

La jurisprudence est claire cependant à l'effet qu'une telle clause privative ne fait pas obstacle à l'exercice par le tribunal de droit commun de son

reforming power in cases of excess of jurisdiction by a statutory tribunal subject to that power. Following ample earlier authority by this Court, Gonthier J. recently reiterated this principle for the Court in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1744:

Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some issues in the hands of a specialized tribunal. [Emphasis added.]

These principles are not at issue here and, as ss. 101 and 139 L.C. clearly indicate that Labour Court decisions are final, this Court will only intervene in the circumstances if the Labour Court has “committed an error which goes to its jurisdiction”, according to the criteria established in earlier cases.

Facts

The appellant, Centre hospitalier Régina Ltée, is an employer operating a private institution within the system of the Quebec Ministère des Affaires sociales, which was at all times relevant to the case associated with the Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina by the terms and conditions of a collective agreement in effect since March 27, 1980. During this period the mis en cause Cécile Montigny was an employee of the appellant, with her name on the recall list as a beneficiaries clerk. On July 30, 1981 the appellant notified Cécile Montigny in writing that, as a result of her many absences from work due to illness, it regarded her attitude as an abandonment of her position as of July 27, 1981. On August 12, 1981 the mis en cause union filed a grievance challenging what it alleged was a dismissal. As the result of various delays this grievance was not entered on the social affairs arbitration roster until

pouvoir de contrôle et de surveillance dans les cas d'excès de juridiction d'un tribunal statutaire soumis à ce pouvoir. Le juge Gonthier, reprenant une jurisprudence abondante de notre Cour, réaffirmait récemment ce principe au nom de la Cour dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1744:

Si le législateur affirme clairement que la décision d'un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n'ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. [. . .] Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l'objet d'une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu'elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges. [Je souligne.]

Ces principes ne sont pas ici remis en question et, considérant que les art. 101 et 139 C.t. constituent une affirmation claire de la part du législateur du caractère final des décisions du Tribunal du travail, notre Cour n'interviendra en l'espèce que si ce tribunal a «commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence», suivant les critères établis par la jurisprudence.

Les faits

L'appelante, le Centre hospitalier Régina Ltée, est un employeur opérant un établissement privé du réseau des Affaires sociales du Québec, qui était, en tout temps pertinent au litige, lié au Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina par les termes et conditions d'une convention collective en vigueur depuis le 27 mars 1980. La mise en cause Cécile Montigny était, au cours de cette période, une salariée à l'emploi de l'appelante, inscrite sur la liste de rappel à titre de préposée aux bénéficiaires. Le 30 juillet 1981, l'appelante avisait par écrit Cécile Montigny que, suite à de nombreuses absences de son travail pour raison de maladie, elle considérait son attitude comme un abandon de poste à compter du 27 juillet 1981. Le 12 août 1981, le syndicat mis en cause déposait un grief contestant ce qu'il soumettait être un congédiement. Suite à divers délais, ce grief ne fut inscrit au rôle d'arbitrage des Affaires

June 16, 1982. Meanwhile the collective agreement, which would ordinarily have expired on December 31, 1982, was renewed until April 1, 1983 as a consequence of the *Act respecting remuneration in the public sector*, S.Q. 1982, c. 35, and the *Act respecting the conditions of employment in the public sector*, S.Q. 1982, c. 45.

The new collective agreement applicable to the parties provided that various matters would be the subject of local agreements, which meant that certain advantages and benefits were no longer automatically available to the employees affected. In March 1983, therefore, negotiations were begun between appellant and the mis en cause union with a view to concluding a general agreement enabling employees represented by the union to receive various benefits provided for in the agreement. On March 20, 1983 the parties agreed that the union would receive the various benefits set out therein. On the same day the parties signed a document prepared for the arbitration tribunals office of the social affairs sector, in which they stated that grievances then pending, including Cécile Montigny's grievance of August 12, 1981, were henceforth settled in return for a general payment of \$1,672 by the employer. These agreements were filed with the office of the labour commissioner-general in accordance with s. 72 L.C. A member of the union local stated that it did not realize one of the grievances concerned a dismissal. Cécile Montigny, who had not been told of this settlement or been involved in it, was not notified that her grievance had been discontinued until several months later.

On October 24, 1983 Cécile Montigny filed a complaint with the Minister of Labour pursuant to s. 47.3 L.C., alleging a breach by the union of its duty of fair representation, whereupon the Minister in fact appointed an investigator as provided for in that section. As no settlement was reached between Cécile Montigny and the union within the time specified by the Act after the appointment of the investigator, she filed an application under s. 47.4 L.C. asking that the Labour Court order that her claim be referred to arbitration. Judge

sociales que le 16 juin 1982. Entre-temps la convention collective, qui venait normalement à échéance le 31 décembre 1982, fut reconduite jusqu'au 1^{er} avril 1983 par l'effet de la *Loi concernant la rémunération dans le secteur public*, L.Q. 1982, ch. 35, et la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, L.Q. 1982, ch. 45.

La nouvelle convention collective applicable aux parties prévoyait que différentes matières devaient faire l'objet d'ententes locales, ce qui signifiait que certains avantages et bénéfices n'étaient plus automatiquement accordés aux salariés visés. Au cours du mois de mars 1983, des négociations furent donc entreprises entre l'appelante et le syndicat mis en cause afin de conclure une entente globale permettant aux salariés représentés par le syndicat de bénéficier de divers avantages prévus à la convention. Le 20 mars 1983, les parties paraphaient une entente en vertu de laquelle l'appelante consentait à ce que le syndicat bénéficie des divers avantages y énumérés. Le même jour, les parties signaient un document préparé pour le greffe des tribunaux d'arbitrage du secteur des Affaires sociales, par lequel elles déclaraient que les griefs alors inscrits pour audition, dont le grief de Cécile Montigny du 12 août 1981, étaient désormais réglés contre un versement global de 1 672 \$ par l'employeur. Ces ententes furent déposées au greffe du bureau du Commissaire général du travail, conformément à l'art. 72 C.t. Selon un membre de la section locale du syndicat, celui-ci n'aurait pas réalisé que l'un des griefs concernait un congédiement. Quant à Cécile Montigny, qui n'avait nullement été informée ni n'avait participé à ce règlement, elle ne fut avisée du désistement de son grief que plusieurs mois plus tard.

Le 24 octobre 1983, Cécile Montigny, se prévalant de l'art. 47.3 C.t., portait plainte au ministre du Travail, invoquant une violation par le syndicat de son devoir de juste représentation, à la suite de quoi le Ministre nommait effectivement un enquêteur tel que prévu à cette disposition. Aucun règlement n'étant intervenu entre Cécile Montigny et le syndicat dans le délai prévu par la loi suite à la nomination de l'enquêteur, celle-ci faisait une requête selon l'art. 47.4 C.t., concluant à ce que le Tribunal du travail ordonne que sa réclamation

Prud'homme granted this application on February 12, 1985, D.T.E. 85T-254, and authorized Cécile Montigny to submit her claim against her employer to an arbitrator appointed by the Minister for decision as in the case of a grievance. It is this decision which the appellant evoked to the Superior Court pursuant to art. 846 C.C.P. The motion in evocation was dismissed by the Superior Court and that judgment was affirmed by the Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 253: hence the present appeal.

The Arguments

The appellant makes two principal arguments in support of its appeal, one concerning jurisdiction and the other concerning interpretation.

First, it submits that the Labour Court lacked jurisdiction to order the referral to arbitration of a grievance settled by an agreement between the union and the employer. Relying on the judgment of this Court in *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 S.C.R. 401, which held that the Labour Court could not order a second arbitration of a grievance on the basis of s. 47.5 L.C., the appellant argued that the agreement settling the grievance should be given the same force as a transaction in civil law. That is, it should have the force of *res judicata* between the parties, so that under the rule stated in *Gendron* the Labour Court would lose all jurisdiction to order arbitration of the grievance. It based this comparison of the agreement to a civil transaction on the fact that the settlement must be filed by the arbitrator with the office of the labour commissioner-general as in the case of a decision (s. 100.3 L.C.), and on the fact that labour law encourages the settlement of grievances by mutual agreement. The appellant added that the Labour Court, whose jurisdiction *stricto sensu* must be limited to the powers with which it is clearly vested, has no jurisdiction to set aside this bilateral civil contract and disregard the rights it confers on the employer. In the appellant's submission, the Labour Court made an error of jurisdiction in assuming this power, paving the way for intervention by the ordinary courts in the exercise of their superintending and reforming power.

soit déférée à l'arbitrage. Le juge Prud'homme accueillait la requête le 12 février 1985, D.T.E. 85T-254, et autorisait Cécile Montigny à soumettre sa réclamation contre son employeur à un arbitre nommé par le Ministre pour décision comme s'il s'agissait d'un grief. C'est cette décision que l'appelante évoquait devant la Cour supérieure aux termes de l'art. 846 C.p.c. La requête en évocation fut rejetée par la Cour supérieure, jugement confirmé par la Cour d'appel, [1988] R.J.Q. 253, d'où le présent pourvoi.

Les arguments des parties

L'appelante invoque au soutien de son pourvoi deux moyens principaux, l'un de juridiction et l'autre d'interprétation.

Premièrement, elle soumet que le Tribunal du travail était sans juridiction pour ordonner le renvoi à l'arbitrage d'un grief réglé par l'accord intervenu entre le syndicat et l'employeur. Partant de l'arrêt de notre Cour *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, [1986] 1 R.C.S. 401, où il fut décidé que le Tribunal du travail ne pouvait s'autoriser de l'art. 47.5 C.t. pour ordonner un second arbitrage d'un grief, l'appelante argumente qu'il faut reconnaître à l'accord réglant le grief la même force qu'une transaction en droit civil, c.-à-d. ayant force de chose jugée entre les parties, de manière à priver, selon le principe émis dans *Gendron*, le Tribunal du travail de toute compétence pour ordonner l'arbitrage du grief. Elle justifie cette assimilation de l'accord à une transaction civile par le fait que ce règlement doit être déposé par l'arbitre au greffe du bureau du Commissaire général du travail tout comme s'il s'agissait d'une décision (art. 100.3 C.t.), et par le fait que le droit du travail favorise le règlement à l'amiable des griefs. L'appelante ajoute que le Tribunal du travail, dont la juridiction *stricto sensu* doit être limitée aux pouvoirs qui lui sont clairement dévolus, n'a pas compétence pour mettre à l'écart ce contrat civil synallagmatique au mépris des droits y reconnus à l'employeur. Selon l'appelante, le Tribunal du travail a commis une erreur de juridiction en s'arrogeant cette compétence, de manière à entraîner l'intervention des tribunaux de droit commun dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance et de contrôle.

Second, the appellant analyses the provisions of the *Labour Code* and concludes that they could not support the Court of Appeal's interpretation. Under these provisions, the union is the exclusive representative of the employees' rights and the employer's only interlocutor. Giving an employee individually the right to challenge an agreement signed by the union and to take a grievance to arbitration himself would be directly contrary to the two-sided nature of collective labour relations. The appellant argues that ss. 47.2 to 47.6 L.C. do not support such an interpretation, which would in any case have a significant destabilizing effect on collective labour relations in general. The appellant accordingly concludes that for these reasons the decision of the Labour Court was null and void and asks that its appeal be allowed.

The respondents and the mis en cause, Cécile Montigny and the Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina, argue on the contrary that the Labour Court had complete jurisdiction to order arbitration, even of a grievance already settled by agreement between the union and the employer.

They contend that a union's duty of fair representation exists at all stages of the negotiation and implementation of a collective agreement. According to the respondents the agreement becomes part of an independent legal system created by the provisions of the *Labour Code*. The rules of mandate and civil representation therefore have no application and should not be used as a guide in interpreting the provisions of this Code.

As regards the interpretation of ss. 47.2 *et seq.* L.C., the respondents note that the legislator intended to provide employees with an appropriate remedy to ensure performance of the union's duty set out in s. 47.2 L.C. They argue that there is no provision of the *Labour Code* giving the settlement of a grievance the same effect as an arbitral award and that the rules of a civil transaction clearly cannot be applied to the special situation of a union settling the grievance of an employee with an employer.

Deuxièmement, l'appelante procède à une analyse des dispositions du *Code du travail* pour conclure qu'elles ne sauraient soutenir l'interprétation de la Cour d'appel. Selon ces dispositions, le syndicat est le représentant exclusif des droits des salariés et le seul interlocuteur de l'employeur. Accorder au salarié individuellement le droit de remettre en question un accord signé par le syndicat et de porter lui-même un grief à l'arbitrage irait directement à l'encontre du caractère dualiste des relations collectives de travail. L'appelante soutient que les art. 47.2 à 47.6 C.t. n'autorisent pas une telle interprétation, qui aurait par ailleurs un effet déstabilisateur important sur l'ensemble des relations collectives de travail. L'appelante conclut donc pour ces motifs à la nullité de la décision du Tribunal du travail et demande que son pourvoi soit accueilli.

Les intimés et les mis en cause, Cécile Montigny et le Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina, soutiennent au contraire la pleine juridiction du Tribunal du travail pour ordonner le renvoi à l'arbitrage d'un grief même réglé par accord entre le syndicat et l'employeur.

Ils avancent que l'obligation de juste représentation d'un syndicat existe à tous les stades de la négociation et de l'application de la convention collective. Celle-ci, selon les intimés, prend place dans un système juridique autonome institué par les dispositions du *Code du travail*. Les règles du mandat et de la représentation civile n'ont donc aucune pertinence et ne devraient pas servir de guide à l'interprétation des dispositions de ce Code.

En ce qui concerne l'interprétation des art. 47.2 *et suiv.* C.t., les intimés notent que le législateur a voulu mettre à la disposition du salarié un remède approprié afin d'assurer la sanction de l'obligation du syndicat prévue à l'art. 47.2 C.t. Ils plaident qu'aucune disposition du *Code du travail* ne reconnaît au règlement d'un grief le même effet qu'une décision arbitrale et que les règles de la transaction civile ne sauraient s'appliquer à la situation particulière d'un syndicat réglant avec un employeur le grief d'un salarié.

The respondents conclude that the Labour Court's decision was a valid exercise of its powers and that, in the absence of any excess of jurisdiction, there is no basis for intervention by the courts.

Judgments

Labour Court (Judge Prud'homme)

The Labour Court dismissed *in limine litis* the appellant's objection that the provisions of ss. 47.3 *et seq.* L.C. are not applicable here since the case does not involve a dismissal or disciplinary sanctions. The Court found on the contrary that this was not an abandonment of a position but rather a dismissal.

The Court had this to say regarding the argument that the settlement of grievances reached between union and employer is final:

[TRANSLATION] It should first be noted that in ss. 47.3 *et seq.* the legislator has not excluded from the process which may lead to a s. 47.5 authorization the situation in which there is a settlement of a grievance between the association and the employer; . . . It is simply that the pith and substance of the jurisdiction conferred on the Court requires it to verify whether or not s. 47.2 was infringed at the time of a dismissal or disciplinary sanction, and if it finds that there has been such an infringement, to authorize the special remedy provided by s. 47.5. It can thus be seen that the setting aside of a settlement reached between the association and the employer can only take place as a result of the exercise by the Court of its jurisdiction; it cannot be in itself a subject of its jurisdiction.

It concluded:

[TRANSLATION] The Centre also vigorously argued, with supporting authority, that it must be recognized that a grievance settlement reached between the association and the employer, as here, was final and binding on the parties. The undersigned is well aware that in the normal course of events an agreement, a grievance settlement, is finally binding on the parties and closes the matter; however, it has to be admitted that since the adoption by the legislator of ss. 47.2 *et seq.* it is possible to force the reopening of a matter which was considered closed.

Before authorizing the remedy provided by s. 47.5 L.C., the Court weighed the merits of the complaint by Cécile Montigny against the union. It

Les intimés concluent que la décision du Tribunal du travail constitue un exercice valide de ses pouvoirs, et qu'en l'absence d'un excès de juridiction, il n'y a pas lieu à intervention des tribunaux.

Les jugements

Tribunal du travail (le juge Prud'homme)

Le Tribunal du travail rejette *in limine litis* l'objection de l'appelante à l'effet que les dispositions des art. 47.3 et suiv. C.t. ne seraient pas applicables ici puisqu'il ne s'agirait ni d'un renvoi, ni de sanctions disciplinaires. Le tribunal conclut au contraire qu'il n'y a pas abandon de poste mais bien renvoi.

Quant à l'argument tiré du caractère final du règlement des griefs intervenu entre syndicat et employeur, le tribunal se prononce ainsi:

Il faut d'abord rappeler qu'aux articles 47.3 et suivants le législateur n'a pas exclu du processus pouvant mener à une autorisation selon l'article 47.5 la situation où il y aurait eu règlement du grief entre l'association et l'employeur; [. . .] C'est tout simplement que l'essence («the pith and substance») de la compétence attribuée au Tribunal n'est pas autre chose que de vérifier s'il y eut ou non violation de l'article 47.2 à l'occasion du renvoi ou de la sanction disciplinaire et, sur conclusion affirmative, d'autoriser le recours spécial de l'article 47.5. L'on voit dès lors que la mise à l'écart d'un règlement intervenu entre association et employeur ne peut être qu'une suite de l'exercice par le Tribunal de sa compétence, non pas un objet en soi de sa compétence.

Il conclut:

Le Centre a aussi plaidé avec vigueur, jurisprudence à l'appui, que l'on devait reconnaître qu'un règlement de griefs intervenu entre association et employeur, comme ici, était final et liait les parties. Le soussigné sait fort bien que dans la normale des choses une entente, un règlement de griefs lie les parties définitivement, clôt le dossier. Mais il faut accepter que depuis l'adoption par le législateur des articles 47.2 et suivants, l'on peut forcer la réouverture d'un dossier estimé clos.

Avant d'autoriser le recours prévu à l'art. 47.5 C.t., le tribunal vérifie le fond de la plainte de Cécile Montigny à l'encontre du syndicat. Il trouve

found the latter's account that it did not realize the grievance was one involving dismissal rather inconceivable. Characterizing the union's conduct as cavalier and arbitrary, the Court concluded that it had failed in its duty of fair representation, allowed the application and referred Cécile Montigny's grievance against her dismissal to an arbitrator appointed by the Minister.

Superior Court (Arsenault J.)

On a motion in evocation from the decision of judge Prud'homme, Arsenault J. concluded that the Labour Court made no [TRANSLATION] "patently unreasonable error" when it characterized the departure of the mis en cause as a dismissal rather than an abandonment within the meaning of s. 47.3 L.C. The judge held that this was not a preliminary question but one of the Labour Court's very jurisdiction and refused to review the trial judge's conclusion.

Arsenault J. rejected the argument that the "transaction" has the force of *res judicata*, and was of the view that the agreement concluded between the appellant and the union was not binding on Cécile Montigny. On the contrary, he said, the purpose of ss. 47.2 *et seq.* L.C. was to create a mechanism for controlling the union's actions to ensure that the employee's grievance was carried through to its conclusion. He wrote:

[TRANSLATION] The civil law concept binds the parties to a transaction, in this case the employer and the union, but the provisions of ss. 47.2 *et seq.*, which are privative in nature, to some extent exclude the mandate of the union in favour of the employee, which justifies the application of the said ss. 47.2 *et seq.*

The Court considers that the Labour Court did not have to be concerned with the legal effects of the agreement (R-8) in order to exercise its jurisdiction and allow the remedy provided for in ss. 47.2 *et seq.*

The Superior Court accordingly concluded that the Labour Court's decision was valid and dismissed the motion in evocation.

inconcevable la version de ce dernier selon laquelle il n'aurait pas réalisé qu'il s'agissait d'un grief à l'encontre d'un congédiement. Qualifiant la conduite du syndicat de désinvolte et arbitraire, le tribunal conclut à un manquement à son devoir de juste représentation, accueille la requête et défère à un arbitre nommé par le Ministre le grief de Cécile Montigny à l'encontre de son congédiement.

Cour supérieure (le juge Arsenault)

Sur requête en évocation de la décision du juge Prud'homme, le juge Arsenault conclut que le Tribunal du travail, en qualifiant le départ de la mise en cause de renvoi plutôt que d'abandon au sens de l'art. 47.3 C.t., n'a pas commis «d'erreur manifestement déraisonnable». Décidant qu'il s'agissait non pas d'une question préliminaire mais plutôt de la juridiction même du Tribunal du travail, le juge refuse de réviser cette conclusion du premier juge.

Rejetant l'argument selon lequel la «transaction» aurait force de chose jugée, le juge Arsenault estime que l'entente intervenue entre l'appelante et le syndicat ne liait pas Cécile Montigny. Au contraire, selon lui, les art. 47.2 et suiv. C.t. ont pour but de créer un mécanisme de contrôle des gestes du syndicat afin de s'assurer que le grief du salarié puisse être porté à terme. Il écrit:

La notion de droit civil lie les parties à une transaction et dans ce cas-ci l'employeur et le syndicat, mais les dispositions de l'article 47.2 et suivants, de droit privatif, nient en quelque sorte le mandat du syndicat en faveur du salarié qui justifie l'application desdits articles 47.2 et suivants.

La Cour estime que le tribunal du travail n'avait pas à se préoccuper des effets juridiques de l'entente (R-8) pour exercer sa juridiction et permettre le recours prévu aux articles 47.2 et suivants.

La Cour supérieure en arrive donc à la conclusion que la décision du Tribunal du travail est bien fondée et rejette la requête en évocation.

Court of Appeal (Bisson, LeBel and Lévesque (*ad hoc*) JJ.A.)

Bisson J.A., for the Court of Appeal, classified the respective points at issue as preliminary, fundamental and subsidiary.

He resolved the preliminary issue, concerning the way in which the termination of Cécile Montigny's employment should be characterized, by adopting in its entirety the reasoning of the Superior Court judge that this was not a pre-judicial question. The trial judge's finding could therefore only be revised if it was patently unreasonable, which was not the case here.

On the fundamental matter, the only one at issue in this Court, regarding the finality of the agreement reached between the union and the employer, which the appellant characterized as a transaction having the force of *res judicata*, the Court of Appeal distinguished *Gendron v. Municipalité de la Baie-James, supra*, and rejected the applicant's argument as follows (at p. 257):

[TRANSLATION] This is adopting a very civilist approach in an area where the legislator intended to provide a remedy where an employee feels he has not been treated properly by his union.

One of the purposes of the 1977 legislation was specifically that an employee should not be bound, as to a grievance involving him, by an agreement signed by the employer and the union without his concurrence.

No parallel can be drawn between *Gendron* and the case at bar.

In *Gendron* there was an arbitration that had been heard and disposed of by an impartial arbitrator.

In a case where before the arbitration the union and the employer settle a grievance, no third party is required to intervene and arbitrate.

I am of the view that agreement R-8 cannot be invoked against the mis en cause.

Finally, like the Labour Court and the Superior Court, the Court of Appeal summarily rejected the appellant's subsidiary argument that Cécile Montigny had discontinued her grievance and therefore dismissed the appeal.

Cour d'appel (les juges Bisson, LeBel et Lévesque (*ad hoc*))

Le juge Bisson, rédigeant l'opinion unanime de la Cour d'appel, qualifie les questions en litige respectivement de préliminaire, fondamentale et subsidiaire.

Quant à la question préliminaire, portant sur la qualification de la fin de l'emploi de Cécile Montigny, il adopte en tout point le raisonnement du juge de la Cour supérieure à l'effet qu'il ne s'agit pas là d'une question pré-juridictionnelle. À ce titre, la conclusion du premier juge ne pouvait être révisée que si elle était manifestement déraisonnable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Quant à la question fondamentale, la seule débattue devant notre Cour, qui concerne le caractère final de l'entente intervenue entre le syndicat et l'employeur, que l'appelante qualifie de transaction emportant force de chose jugée, la Cour d'appel distingue l'arrêt *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité, et rejette la prétention du requérant en ces termes (à la p. 257):

C'est adopter une approche très civiliste dans un domaine où le législateur a voulu introduire un recours lorsqu'un salarié estime avoir été traité non adéquatement par son syndicat.

L'un des objectifs visés par la législation de 1977 est précisément qu'un salarié ne peut être lié, quant au grief qui le concerne, par une entente signée, hors son recours, par l'employeur et le syndicat.

On ne peut faire un parallèle entre l'affaire *Gendron* et la présente.

Dans *Gendron*, il y avait eu un arbitrage dont avait été saisi et dont avait disposé un arbitre impartial.

Dans le cas où, avant l'arbitrage, le syndicat et l'employeur règlent un grief, aucun tiers n'est appelé à intervenir et à arbitrer.

J'estime que l'entente R-8 est inopposable à la mise en cause.

Finalement, à l'instar du Tribunal du travail et de la Cour supérieure, la Cour d'appel écarte sommairement l'argument subsidiaire de l'appelante selon lequel Cécile Montigny aurait abandonné son grief, d'où le rejet de l'appel.

Analysis

The crux of the problem here, as I have already indicated, is to determine whether ss. 47.2 to 47.5 L.C. are applicable to the claim of the employee whose grievance was the subject of an agreement between the employer and the union, when the matter was before an arbitrator but there had not yet been any decision on the grievance. According to the wording of s. 47.5 L.C., the essential prerequisite for the right to arbitrate the claim is a failure by the union to perform its duty of fair representation. Only in cases where the court feels that the association has acted in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner, or has shown serious negligence, may it refer the claim to arbitration where there has been a dismissal or disciplinary sanction, as is the case here. The union's conduct must thus first be examined in light of the criteria set out in the *Labour Code*, before we discuss the applicability of the mechanism for referring the matter to arbitration as such.

I would note at the outset that the employee's claim referred to in ss. 47.4 to 47.6 L.C. is in fact his grievance against the employer. In my opinion, by using the word "claim" instead of "grievance" the legislator meant to distinguish the situation where a union is proceeding with an employee's complaint as it wishes (the "grievance") from the situation where the employee has full control over his complaint (the "claim"), and can decide, among other things, whether or not to ask that it be referred to arbitration. However, this does not mean there is any distinction as to the substance of the complaint in these two situations (*Gendron v. Municipalité de la Baie-James, supra*, at p. 409 (per Chouinard J.))

1. *Duty of Fair Representation*

(a) Sources of the Duty of Fair Representation

Even before the amendments to the *Labour Code*, including ss. 47.2 to 47.6, were introduced in 1977, an employee association had a duty of fair representation in respect of its members. This duty emerged in the decisions of the U.S. Supreme Court in mid-century, first in *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944), and culminating in *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171

Analyse

Le nœud du problème, comme je l'ai déjà mentionné, consiste ici à déterminer si les art. 47.2 à 47.5 C.t. sont applicables à la réclamation de l'employée dont le grief a fait l'objet d'une entente entre l'employeur et le syndicat, alors qu'un arbitre avait été saisi mais n'avait pas encore décidé de ce grief. Selon le texte de l'art. 47.5 C.t., le manquement du syndicat à son devoir de juste représentation constitue le prérequis essentiel qui donne ouverture au droit à l'arbitrage de la réclamation. En effet, uniquement dans les cas où le tribunal estime que l'association a agi de mauvaise foi, de manière arbitraire, discriminatoire, ou a fait preuve de négligence grave, peut-il déférer la réclamation à l'arbitrage s'il s'agit d'un renvoi ou d'une sanction disciplinaire, ce qui est le cas ici. La conduite du syndicat doit donc d'abord être examinée à la lumière des critères établis par le *Code du travail*, avant de discuter de l'applicabilité du mécanisme de renvoi à l'arbitrage comme tel.

Je souligne au départ que la réclamation du salarié dont parlent les art. 47.4 à 47.6 C.t. est en fait son grief à l'encontre de l'employeur. Le législateur, en utilisant le terme «réclamation» au lieu de «grief», entend à mon avis distinguer la situation où le syndicat mène la plainte du salarié comme il l'entend (le «grief») de celle où le salarié a plein contrôle de sa plainte (la «réclamation»), entre autres pour en demander ou non le déferé à l'arbitrage, sans qu'il y ait pour autant de distinction quant au fond de la plainte dans ces deux situations (*Gendron c. Municipalité de la Baie-James, précité*, à la p. 409 (le juge Chouinard)).

1. *Le devoir de juste représentation*

a) Sources du devoir de juste représentation

Avant même l'introduction des modifications au *Code du travail* en 1977, dont les art. 47.2 à 47.6, une association de salariés avait envers ses membres une obligation de juste représentation. Cette obligation a pris naissance dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis vers le milieu du siècle, dans l'arrêt *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944), d'abord,

(1967). In these decisions, the Court set out the principle that an employee association's duty of fair representation is the necessary corollary of its right to exclusive representation of the employees comprised in the bargaining unit. The admission of this theory into Canadian labour law was the subject of a more detailed review in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, (appeal heard on the same day), and it is therefore unnecessary to repeat the analysis here. Suffice it to say that the existence of such a duty imposed on unions was recognized and applied by Canadian courts before its codification, *inter alia* by this Court in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509.

(b) Codification in Labour Code

The Quebec *Labour Code* brings together all or most of the principles and rules applicable to collective labour relations in Quebec, such as the formation and certification of unions, the principle of exclusive representation, the procedure for negotiating collective agreements, the settlement of grievances, and finally, available recourses to specialized administrative tribunals. This Code is in fact an exhaustive document which, when it was adopted, replaced a heterogeneous collection of legislation and which has anchored the collective agreements containing most of the substantive rights of employees (see F. Morin, *Rapports collectifs du travail* (1982), at pp. 19-26).

In 1977 the Quebec legislator undertook a significant reorganization of collective labour relations, giving increased rights both to unions—for example, prohibiting strikebreakers (ss. 109.1 *et seq.* L.C.) and introducing a system of compulsory check-off of union dues by source deductions (s. 47 L.C.)—and to employees individually—for example, the right to see the union's financial statements (s. 47.1 L.C.) and the guarantee of employment for an employee who is not a member of the union when a closed shop clause comes into effect

pour ensuite culminer dans l'arrêt *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967), décisions où la cour énonce le principe que le devoir de juste représentation d'une association de salariés constitue le corollaire nécessaire de son droit à l'exclusivité de représentation des salariés compris dans l'unité d'accréditation. La réception de cette théorie en droit du travail au Canada fait l'objet d'un examen plus élaboré dans l'arrêt *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298 (pourvoi entendu le même jour que la présente affaire), et il serait superfétatoire de recommencer l'exercice ici. Qu'il suffise de dire que l'existence d'une telle obligation imposée aux syndicats était, avant sa codification, reconnue et appliquée par les tribunaux canadiens; entre autres par notre Cour dans l'arrêt *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509.

b) Codification au Code du travail

Le *Code du travail* du Québec regroupe en très grande partie sinon en totalité les principes et règles applicables aux relations collectives de travail au Québec, soit la formation et l'accréditation des syndicats, le principe d'exclusivité de représentation, la procédure de négociation des conventions collectives, le règlement des griefs et finalement les recours auprès des instances administratives spécialisées. Ce Code est en fait une structure exhaustive, qui a remplacé, lors de son adoption, un ensemble hétéroclite de lois, et sur laquelle viennent se greffer les conventions collectives contenant la plupart des droits substantifs des salariés (voir F. Morin, *Rapports collectifs du travail* (1982), aux pp. 19 à 26).

Le législateur québécois a procédé, en 1977, à un important remaniement des rapports collectifs de travail, accordant des droits accrus à la fois au syndicat—par exemple en interdisant les briseurs de grève (art. 109.1 *et suiv.* C.t.) et en instaurant un régime de perception obligatoire des cotisations syndicales par retenue à la source (art. 47 C.t.)—et au salarié individuellement—par exemple le droit de voir les états financiers du syndicat (art. 47.1 C.t.) et la garantie d'emploi pour un salarié qui n'est pas membre du syndicat lors de l'entrée

(s. 63(a) L.C.) One of the major changes, which is of particular importance here, was the introduction of ss. 47.2 to 47.6 L.C., codifying the union's duty of fair representation and in return giving the employee a remedy in certain situations when this duty is breached.

The duty of fair representation as codified in s. 47.2 L.C. does not differ greatly from that formulated by the courts prior to 1977. In *Gagnon*, *supra*, Chouinard J. analyzed the duty of fair representation as it had developed at common law, and the duty as it was later codified in the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (s. 136.1), the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212 (s. 7(1)), the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228 (s. 68) and finally s. 47.2 L.C. of Quebec. He concluded that s. 47.2 L.C. is identical in content to what the courts and authors had developed before its codification in various Canadian statutes. As Robert P. Gagnon wrote in his recent work *Droit du travail* (1988), in *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec*, 1988-1989, vol. 6, at p. 104:

[TRANSLATION] By adopting s. 47.2 of the Labour Code in 1977 the Quebec legislator finally, after several others had done so, codified the law resulting from court judgments regarding a certified union's legal duty of representation.

In my opinion the scheme established by ss. 47.3 to 47.6 L.C. provides the method which the legislator felt was necessary to enforce a union's duty of fair representation, thereby ensuring a proper balance of reciprocal obligations and rights. While the Canada Labour Relations Board enjoys some leeway regarding remedies when a union breaches its duty of fair representation (ss. 187 to 189 of the *Canada Labour Code*), the Quebec legislator has established a specific structure setting out the stages in any remedy based on such a breach. The first stage consists of a complaint to the Minister of Labour, who then appoints an investigator to try to settle the dispute between employee and union by mutual agreement (s. 47.3 L.C.) It should be

en vigueur d'une clause d'atelier fermé (art. 63a C.t.) L'un des changements majeurs, qui nous concerne particulièrement en l'espèce, fut l'introduction des art. 47.2 à 47.6 C.t., codifiant le devoir de juste représentation du syndicat et accordant en contrepartie au salarié un recours, dans certaines situations, au cas de contravention à ce devoir.

Le devoir de juste représentation, tel que codifié à l'art. 47.2 C.t., ne diffère pas de manière notable de celui élaboré par la jurisprudence avant 1977. Dans l'arrêt *Gagnon*, précité, le juge Chouinard procède à l'analyse du devoir de juste représentation tel que développé par la common law en parallèle avec celui codifié par la suite au *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 (art. 136.1), au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212 (par. 7(1)), à la *Loi sur les relations de travail* ontarienne, L.R.O. 1980, ch. 228 (art. 68) et finalement à l'art. 47.2 C.t. du Québec. Il en conclut que l'art. 47.2 C.t. a un contenu identique à celui que la jurisprudence et la doctrine avaient développé avant sa codification dans divers textes de loi au pays. Comme l'écrit Robert P. Gagnon dans son récent ouvrage *Droit du travail* (1988), dans les *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec* 1988-1989, vol. 6, à la p. 104:

En adoptant, en 1977, l'article 47.2 du Code du travail, le législateur québécois, après quelques autres, codifiait finalement l'état du droit qui résultait des jugements des tribunaux relativement à l'obligation légale de représentation du syndicat accrédité.

En ce qui concerne les mécanismes prévus aux art. 47.3 à 47.6 C.t., ils constituent à mon avis la sanction, que le législateur a jugée nécessaire, du devoir de juste représentation d'un syndicat, assurant ainsi un juste équilibre des obligations et droits réciproques. Si le Conseil canadien des relations de travail jouit d'une certaine liberté de manœuvre en ce qui a trait aux remèdes lorsqu'il y a un manquement du syndicat à son devoir de juste représentation (art. 187 à 189 du *Code canadien du travail*), le législateur québécois, lui, a prévu une structure précise détaillant les étapes d'un recours basé sur un tel manquement. La première étape consiste en une plainte au ministre du Travail, qui nomme alors un enquêteur pour tenter de

noted that the legislator has limited the use of this procedure to cases of dismissal or disciplinary sanction, in other words the most serious interferences with an employee's rights. In the second stage, if no agreement is reached within fifteen days of the investigator's appointment (a period increased to thirty days by S.Q. 1983, c. 22, s. 24), the employee may file an application with the Labour Court asking that his claim be referred to arbitration (s. 47.4 L.C.) Finally, if on reviewing this application the Court finds that the union has acted in an arbitrary or discriminatory manner, been seriously negligent or acted in bad faith, the burden of proof of which is on the employee, it may authorize arbitration of the claim (s. 47.5 L.C.) A finding that the duty of fair representation has been breached is thus the central feature of such a remedy. Section 47.6 L.C. provides that in such a case an employer cannot invoke against the employee the failure to observe the time limits provided for in the collective agreement.

(c) Fair Representation and Settlement of Grievances

The duty of fair representation raises thorny problems when, as here, by its very function the union has an obligation to defend the interests of members of the bargaining unit as a whole, as well as those of an individual employee. These interests can be and often are indeed divergent.

In this connection I should say at the outset that a union's duty of fair representation does not cease in relation to a grievance proceeding once the grievance has gone to arbitration. It may continue even after the arbitrator's final decision (for example, in *Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74, at p. 93, where the Labour Court concluded the union had a duty to evoke the arbitrator's erroneous decision), subject to *Gendron v. Municipalité de la Baie-James, supra*, which held that in such a case the s. 47.5 L.C. procedure could not be applied. As Gagnon, LeBel and Verge point out, this duty of fair representation, as a corollary of the exclusive right of representation, must inform all the union's action throughout (Robert P.

régler à l'amiable le désaccord entre syndicat et salarié (art. 47.3 C.t.) Il faut noter que le législateur a limité le recours à ce mécanisme aux cas de renvois et sanctions disciplinaires, donc les atteintes les plus sérieuses aux droits du salarié. À la deuxième étape, si aucun accord n'intervient dans les quinze jours de la nomination de l'enquêteur (période portée à trente jours par L.Q. 1983, ch. 22, art. 24), le salarié peut déposer une requête auprès du Tribunal du travail pour demander que sa réclamation soit déferée à l'arbitrage (art. 47.4 C.t.) Finalement si, sur examen de cette requête, le tribunal constate une conduite arbitraire, discriminatoire, gravement négligente ou empreinte de mauvaise foi de la part du syndicat, dont le salarié a la charge de la preuve, il peut autoriser l'arbitrage de la réclamation (art. 47.5 C.t.) La constatation d'un manquement au devoir de juste représentation constitue donc l'élément central d'un tel recours. L'article 47.6 C.t. précise que l'employeur ne peut dans ce cas opposer au salarié l'inobservation des délais prévus à la convention collective.

c) La juste représentation et le règlement des griefs

Le devoir de juste représentation soulève des problèmes épineux lorsque, comme en l'espèce, le syndicat a l'obligation, de par sa fonction même, de défendre les intérêts de l'ensemble des membres de l'unité d'accréditation, d'une part, et d'un salarié individuellement, d'autre part, intérêts qui peuvent être et sont souvent divergents.

Dans cette optique, je souligne dès maintenant que le devoir de juste représentation d'un syndicat ne s'éteint pas, dans le cadre de la procédure de grief, une fois le grief porté à l'arbitrage. Il peut subsister même après la décision finale de l'arbitre (par exemple, dans *Asselin c. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74, à la p. 93, où le Tribunal du travail a conclu à l'obligation du syndicat d'évoquer de la décision mal fondée de l'arbitre), sous réserve de l'arrêt *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité, où il fut décidé que, dans un tel cas, la procédure de l'art. 47.5 C.t. ne saurait trouver application. Comme le font remarquer les auteurs Gagnon, LeBel et Verge, à titre de corollaire du droit de représentation exclusif, cette

Gagnon, Louis LeBel and Pierre Verge, *Droit du travail* (1987), at p. 311):

[TRANSLATION] The duty of representation will end with the loss of certification. Until that happens, the union will be held to it at all stages of the collective representation, both in negotiating the content of the collective agreement and in its implementation as it affects one or other of the employees.

There is thus no question that at the stage the grievance was at in the case at bar, that is, set for hearing but not yet heard by the arbitrator, the union's duty of diligence still existed.

In *Gagnon, supra*, this Court announced the general principles that should govern an employee association (or union) when it is acting as the representative of an employee in a grievance proceeding. The case involved the *Canada Labour Code* (before the introduction of s. 136.1 expressly imposing a duty of fair representation on unions). As we have seen, however, there is no difference between this duty and the one codified in s. 47.2 L.C. Examining the rules applicable to the duty of fair representation, Chouinard J. wrote for the Court (at p. 527):

The following principles, concerning a union's duty of representation in respect of a grievance, emerge from the case law and academic opinion consulted.

1. The exclusive power conferred on a union to act as spokesman for the employees in a bargaining unit entails a corresponding obligation on the union to fairly represent all employees comprised in the unit.

2. When, as is true here and is generally the case, the right to take a grievance to arbitration is reserved to the union, the employee does not have an absolute right to arbitration and the union enjoys considerable discretion.

3. This discretion must be exercised in good faith, objectively and honestly, after a thorough study of the grievance and the case, taking into account the significance of the grievance and of its consequences for the employee on the one hand and the legitimate interests of the union on the other.

4. The union's decision must not be arbitrary, capricious, discriminatory or wrongful.

obligation de juste représentation reste omniprésente dans toutes les actions du syndicat (Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail* (1987), à la p. 311):

a L'obligation de représentation s'éteindra avec la perte de l'accréditation. Jusqu'à cette éventualité, le syndicat y sera tenu à toutes les phases de la représentation collective, tant à l'occasion de la négociation du contenu de la convention collective qu'à celle de sa mise en œuvre en faveur de l'un ou l'autre des salariés.

Il ne saurait donc faire de doute qu'au stade où en était le grief dans la présente affaire, c.-à-d. inscrit mais non entendu par l'arbitre, l'obligation de diligence du syndicat subsistait.

Notre Cour a, dans l'arrêt *Gagnon*, précité, énoncé les principes généraux devant régir une association de salariés (ou syndicat) lorsqu'elle agit à titre de représentant d'un salarié à l'occasion d'un grief. Il s'agissait d'une affaire relevant du *Code canadien du travail* (avant l'introduction de son art. 136.1 qui impose explicitement au syndicat un devoir de juste représentation). Comme nous l'avons vu, cependant, il n'y a pas lieu de distinguer ce devoir de celui qui est codifié à l'art. 47.2 C.t. Le juge Chouinard, examinant les règles applicables au devoir de juste représentation, écrit au nom de la Cour (à la p. 527):

De la jurisprudence et de la doctrine consultées se dégagent les principes suivants, en ce qui touche le devoir de représentation d'un syndicat relativement à un grief:

1. Le pouvoir exclusif reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation comporte en contrepartie l'obligation de la part du syndicat d'une juste représentation de tous les salariés compris dans l'unité.

2. Lorsque, comme en l'espèce et comme c'est généralement le cas, le droit de porter un grief à l'arbitrage est réservé au syndicat, le salarié n'a pas un droit absolu à l'arbitrage et le syndicat jouit d'une discrétion appréciable.

3. Cette discrétion doit être exercée de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier, tout en tenant compte de l'importance du grief et des conséquences pour le salarié, d'une part, et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part.

4. La décision du syndicat ne doit pas être arbitraire, capricieuse, discriminatoire, ni abusive.

5. The representation by the union must be fair, genuine and not merely apparent, undertaken with integrity and competence, without serious or major negligence, and without hostility towards the employee. [Emphasis added.]

A union's duty of fair representation in the handling of a grievance may be divided into two distinct stages. First, the union must carefully consider the merits of the grievance to decide whether it should be taken to arbitration. At this stage, the existence of a conflict between the interests of the employee involved in the grievance and those of the employees in the bargaining unit as a whole would seem unlikely. At the second stage, if the union decides that the grievance has merit, it must represent the employee without serious negligence, discrimination or bad faith at all subsequent stages of the grievance procedure. The case at bar is at this second stage and it is here that conflicts between an employee and the bargaining unit represented by the union are most likely to occur.

As *Gagnon* pointed out, even when the union is acting as a defender of an employee's rights (which in its estimation are valid), it must take into account the interests of the bargaining unit as a whole in exercising its discretion whether or not to proceed with a grievance. The union has a discretion to weigh these divergent interests and adopt the solution which it feels is fairest. However, this discretion is not unlimited. Simply saying that the union has the right or power to "sacrifice" any grievance, which it feels is valid at that stage, during negotiations with the employer, in order to obtain a concession of better working conditions or other benefits for the bargaining unit as a whole, would be contrary to the union's duty of diligent representation of the employee in question. On the other hand, completely rejecting the possibility that the union and the employer may settle a great many grievances in negotiations for a new collective agreement, or on other occasions, would be to ignore the reality of labour relations. The Canada Labour Relations Board considered this point in *Bachiu and United Steelworkers of America*,

5. La représentation par le syndicat doit être juste, réelle et non pas seulement apparente, faite avec intégrité et compétence, sans négligence grave ou majeure, et sans hostilité envers le salarié. [Je souligne.]

a

Le devoir de juste représentation d'un syndicat dans le cadre du traitement d'un grief peut être divisé en deux phases distinctes. Lors de la première phase, le syndicat doit considérer avec diligence le bien-fondé du grief afin de décider s'il doit être porté à l'arbitrage. À ce niveau, l'existence d'un conflit entre les intérêts du salarié visé par le grief et ceux de l'ensemble des salariés de l'unité d'accréditation paraît peu probable. Lors de la seconde phase, si le syndicat évalue le grief comme bien fondé, il doit représenter sans négligence grave, discrimination ou mauvaise foi, le salarié à tous les stades ultérieurs de la procédure de traitement du grief. C'est lors de cette seconde phase que se situe la présente affaire et où des conflits entre un salarié et l'unité d'accréditation représentée par le syndicat sont les plus susceptibles de se produire.

e

Tel que le souligne l'arrêt *Gagnon*, le syndicat doit, lors même qu'il agit à titre de défenseur des droits (bien fondés selon son évaluation) d'un salarié, tenir compte des intérêts de l'ensemble de l'unité d'accréditation dans l'exercice de sa discrétion de poursuivre ou non un grief. Le syndicat jouit d'une discrétion afin de soulever ces intérêts divergents et apporter la solution qui lui apparaît la plus juste. Cette discrétion n'est cependant pas sans limites. En effet, affirmer sans autres nuances que le syndicat a le droit ou le pouvoir de «sacrifier» n'importe quel grief, qu'il considère bien fondé à ce stade, au cours de négociations avec l'employeur, afin d'obtenir en concession de meilleures conditions de travail ou autres bénéfices pour l'ensemble de l'unité d'accréditation, semble aller à l'encontre de l'obligation de représentation diligente du syndicat à l'égard du salarié concerné. D'autre part, rejeter complètement la possibilité pour le syndicat et l'employeur de régler un maximum de griefs lors des négociations en vue d'une nouvelle convention collective, ou à d'autres occasions, serait ignorer une réalité courante et nécessaire en matière de relations de travail. Le Conseil canadien des relations de travail a examiné cette

j

Local 1005, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 431, at p. 439:

The complainant also submitted that the procedure adopted by the respondent was inherently arbitrary. This was so because the grievance had been inserted into the negotiation process and because the complainant had not been apprised of the additional grounds upon which the company was relying. We cannot accept this submission either.

The bargaining unit in which the complainant works is very large by any standard. Given grievance arbitration as we now know it, it is almost inevitable that in such a bargaining unit more grievances will arise during the life of the collective agreement than can be resolved before the contract expiration date . . . This reality is forcing parties to fashion dispute resolving alternatives to grievance arbitration in order to prevent the administration of an agreement from becoming bogged down in a quagmire of unresolved disputes . . . The Board cannot be oblivious to the very real pressures that have spawned this search for alternatives and we are of the opinion that neither procedure is inherently unfair or arbitrary.

However, we want to state that there was no evidence that the complainant's grievance had been traded off against the unrelated grievances of other employees or had been exchanged for a promise that was of value to the entire bargaining unit. And this being the case, the union's authority to "swap" individual grievances is not before us. [Emphasis added.]

This passage clearly illustrates the necessity for a union to have some discretion in collective bargaining to "swap" grievances, even when they appear to be valid.

Hence it is apparent that the negotiation and the administration of a collective agreement are two ongoing and closely related processes. The difficulty of defining the boundary between the negotiation and the administration of a collective agreement should not however lead us to deny its existence. As Professor A. W. Blumrosen noted with respect to U.S. law, similar in this regard to Canadian law, in "The Worker and Three Phases of Unionism: Administrative and Judicial Control

question dans la décision *Bachiu and United Steelworkers of America, Local 1005*, [1976] 1 Can. L.R.B.R. 431, à la p. 439:

[TRADUCTION] Le plaignant a également prétendu que la procédure adoptée par l'intimé était arbitraire en soi. Il en était ainsi parce que le grief avait été inséré dans le processus de négociation et parce que le plaignant n'avait pas été mis au fait des moyens additionnels sur lesquels la compagnie se fondait. Nous ne pouvons pas non plus accepter cet argument.

L'unité de négociation dont fait partie le plaignant est très vaste. Selon la procédure d'arbitrage des griefs que nous connaissons, il est presque inévitable que, dans une telle unité de négociation, il se présentera, pendant la durée de la convention collective, un plus grand nombre de griefs qu'il sera possible de régler avant l'expiration de ce contrat. [. . .] Cette réalité force les parties à concevoir des méthodes de règlement des différends autres que l'arbitrage des griefs afin d'empêcher l'application de la convention collective de s'enfoncer dans un bourbier de différends non réglés. [. . .] La Commission ne saurait oublier la pression très réelle qui est à l'origine de cette recherche d'autres solutions et nous sommes d'avis que ni l'une ni l'autre procédure n'est injuste ou arbitraire en soi.

Cependant, nous voulons affirmer qu'il n'y a pas de preuve que le grief du plaignant a été troqué contre le grief sans rapport d'autres employés ou contre une promesse avantageuse pour toute l'unité de négociation. En l'occurrence, nous ne sommes pas saisis du pouvoir du syndicat d'«échanger» des griefs individuels. [Je souligne.]

Cet extrait illustre bien la nécessité d'une certaine discrétion de la part du syndicat à l'occasion de négociations collectives pour traiter les griefs comme monnaie d'échange, lors même qu'ils apparaissent bien fondés.

De cette constatation ressort nettement le fait que la négociation et l'administration de la convention collective sont deux processus continus intimement reliés. Le caractère difficilement définissable de cette frontière entre la négociation et l'administration de la convention collective ne doit toutefois pas mener à nier son existence. Le professeur A. W. Blumrosen soulignait à ce propos dans un article discutant du droit américain, similaire à cet égard au droit canadien, «The Worker and Three Phases of Unionism: Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship»

of the Worker-Union Relationship" (1963), 61 *Mich. L. Rev.* 1435, at pp. 1475-76:

Obviously, the distinction is artificial. Negotiation looks to the future, but may settle matters which have been raised in the past. Administration deals with existing disputes, but may also establish a pattern for future settlements. Both processes are part of a spectrum of methods of dispute settlement which ranges from formal contract negotiations, on the one hand, to informal grievance settlement, on the other. The fact that all such activities are on a single continuum does not require similar legal treatment of individual rights all along the continuum. [Emphasis added.]

Clearly the expectations of employees in the course of negotiations, particularly for the renewal of a collective agreement in which the union and employer have complete latitude, and the expectations of an employee whose grievance is governed by the provisions of an applicable collective agreement cannot be viewed in the same way. This distinction will necessarily impact on union discretion (*id.*, at p. 1476).

The exercise of this discretion by the union will also depend on the nature of the rights which the employee is seeking to enforce by his grievance. There will be situations where the abandonment of an apparently valid grievance by the union will have such consequences for the employee in question that it will substantially restrain the union's discretion. When, for example, the purpose of the grievance is to challenge a dismissal, the employee will not accept any half measures: only reinstatement will be a suitable remedy. Some have suggested that in such a case the union has no discretion and the employee's right to have his grievance arbitrated is absolute. Professor P. Weiler, for example, commenting on the duty of fair representation, writes (*Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 139):

I just think that there are limits to the sacrifice which can be made to individual rights in the pursuit of decent collective bargaining relationships, and that that limit is reached here. What is distinctive about this situation is that the dismissed employee who is denied access to his day in arbitration will not share any of the future benefits of that spirit of union-management cooperation.

(1963), 61 *Mich. L. Rev.* 1435, aux pp. 1475 et 1476:

[TRADUCTION] Évidemment, la distinction est artificielle. Les négociations envisagent l'avenir, mais elles peuvent régler des questions qui ont été soulevées dans le passé. L'administration traite des différends actuels, mais elle peut également établir un cadre pour des règlements futurs. Les deux font partie d'un éventail de méthodes de règlement des différends, qui va des négociations formelles de conventions, d'une part, jusqu'au règlement informel de griefs, d'autre part. Le fait que ces activités se déroulent dans une même période n'exige pas que les droits individuels reçoivent le même traitement juridique tout au long de la période. [Je souligne.]

En effet, on ne saurait assimiler les attentes des salariés au cours des négociations, particulièrement en vue du renouvellement d'une convention collective où le syndicat et l'employeur jouissent d'une totale liberté de manœuvre, et les attentes d'un salarié dont le grief est régi par le texte de la convention collective applicable. Cette distinction aura nécessairement un impact sur la discrétion dont peut jouir le syndicat (*id.*, à la p. 1476).

L'exercice de cette discrétion du syndicat sera, de plus, fonction de la nature des droits que cherche à faire respecter le salarié par son grief. En effet, il existe des situations où la renonciation par le syndicat à un grief apparemment bien fondé aura des conséquences telles pour le salarié concerné qu'elle constituera un frein à la discrétion du syndicat. Entre autres, lorsque le grief a pour objet la contestation d'un congédiement, il ne saurait y avoir de demi-mesure acceptable aux yeux du salarié, seule la réintégration sera le remède approprié. Certains ont suggéré que, dans un tel cas, le syndicat ne jouirait d'aucune discrétion et que le droit du salarié à l'arbitrage de son grief est absolu. Par exemple, le professeur P. Weiler, commentant le devoir de juste représentation, écrit (*Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), à la p. 139):

[TRADUCTION] Je crois simplement qu'il y a des limites aux sacrifices qu'on peut imposer aux droits individuels dans la poursuite de relations de négociations collectives convenables, et que cette limite est atteinte ici. Ce qui est particulier à cette situation est que l'employé congédié à qui on refuse l'arbitrage ne tirera aucun bénéfice de cet esprit de collaboration syndicale-patronale. Il ne

He should not have to pay the price of sacrificing his chance to keep his job.

This proposition was considered by this Court in *Gagnon, supra*, where Chouinard J. noted that the Canada Labour Relations Board had rejected such an approach (p. 521). *Gagnon* itself appears to sanction a more flexible rule. In "The Duty of Fair Representation: A Theoretical Structure" (1973), 51 *Tex. L. Rev.* 1119, at pp. 1175-76, Julia Clark proposes a compromise position recognizing the union's discretion to evaluate the merits of a dismissal grievance as well as the extreme repercussions dismissal poses for the employee. However, given the harsh consequences of dismissal, "swapping" apparently valid grievances of this nature for a collective benefit is prohibited altogether:

In addition, there is some support for giving unions less leeway in dealing with discharge grievances than in other matters. The consequences of discharge—loss of the employee's job as well as the pension and seniority benefits he may have built up over years of employment—are drastic enough to impose stricter restraints on union discretion. The concern for job security might warrant a rule that would prohibit swapping discharge grievances altogether. [Emphasis added.]

Accordingly, without necessarily accepting this statement in absolute terms, a union must recognize the importance of an employee's individual interest when exercising its discretion whether or not to proceed with a grievance against a dismissal or disciplinary sanctions. Of course, it goes without saying that if the employee consents to the agreement reached between the union and the employer, the validity of such a "swap" would be viewed differently.

It is against this background that the provisions of the Quebec *Labour Code* in this regard must be considered. It should be noted at the outset that none of the provisions at issue are at variance with the general principles enunciated by the courts and doctrinal authorities. On the contrary, I consider that the wording of ss. 47.2 *et seq.* L.C. is admir-

devrait pas être appelé à payer du sacrifice de la possibilité de conserver son emploi.

Cette proposition fut considérée par notre Cour dans l'arrêt *Gagnon*, précité, où le juge Chouinard note que le Conseil canadien des relations de travail a rejeté une telle approche (p. 521). L'arrêt *Gagnon* lui-même m'apparaît poser une règle plus flexible. Ainsi, une position plus nuancée, qui reconnaît à la fois l'existence de la discrétion du syndicat dans l'évaluation du bien-fondé d'un grief à l'encontre d'un congédiement et le caractère extrême de cette sanction pour le salarié, mais qui tend aussi à prohiber ordinairement l'«échange» d'un grief de congédiement apparemment bien fondé pour un avantage collectif, est proposée par Julia Clark dans une analyse de l'obligation de représenter adéquatement le salarié («The Duty of Fair Representation: A Theoretical Structure» (1973), 51 *Tex. L. Rev.* 1119, aux pp. 1175 et 1176):

[TRADUCTION] En outre, assez nombreux sont ceux qui accorderaient aux syndicats moins de liberté d'action pour traiter de griefs de congédiement que pour d'autres choses. Les conséquences du congédiement—perte de l'emploi, ainsi que de la pension et de l'ancienneté que l'employé peut avoir accumulées au cours d'années d'emploi—sont suffisamment draconiennes pour imposer des limites plus strictes au pouvoir discrétionnaire d'un syndicat. La préoccupation pour la sécurité d'emploi pourrait justifier une règle qui interdirait tout à fait l'échange d'un grief de congédiement. [Je souligne.]

Sans adhérer nécessairement à l'absolu apparent de cet énoncé, un syndicat doit donc reconnaître l'importance de l'intérêt individuel d'un salarié dans l'exercice de sa discrétion de poursuivre ou non un grief à l'encontre d'un renvoi ou de sanctions disciplinaires. Bien sûr, il va sans dire que si le salarié donnait son assentiment à l'accord auquel en sont arrivés le syndicat et l'employeur, il en irait autrement de la validité d'un tel «échange».

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu d'examiner les dispositions du *Code du travail* du Québec à cet égard. Au départ, il faut noter que ne s'y retrouve aucune disposition allant à l'encontre des principes qui se dégagent de l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine sur le sujet. Bien au contraire, j'estime que le texte des art. 47.2 et suiv.

ably consistent with the view that the union's discretion is limited when confronted with a choice between its duty of care toward an employee and that of representing the members of the bargaining unit. Professor Jean-Denis Gagnon observes in this connection ("Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois" (1981), 41 *R. du B.* 639, at p. 675):

[TRANSLATION] The precarious position in which an employee may find himself after being laid off or dismissed, or when severe disciplinary action has been taken against him, was expressly recognized by the Quebec legislator in ss. 47.2 et seq., which deal with the duty of representation imposed on associations. While recognizing that this duty is imposed on unions in all cases where they are acting as spokesmen or representatives of an employee group, the legislator has nevertheless created a specific remedy to ensure that this duty is observed, only in cases of "dismissals" or "disciplinary action". In all other cases an employee who wishes to complain of his association's attitude and force it to act or change its attitude must use various general remedies contained in the *Labour Code* and other legislation. [Emphasis added.]

I agree. The legislator has clearly indicated his preference here by specifying in s. 47.3 L.C. those extreme cases in which arbitration of a grievance may survive its abandonment by the union: namely, cases of dismissal and disciplinary sanctions. Collective labour relations are an area of socio-economic law where the legislator is continually making adjustments in an attempt to achieve a desirable balance between union, employee and employer.

This choice is consistent with the general recognition that it is important for an employee to retain his employment, in view of the potentially devastating effects on him. Jean-Denis Gagnon emphasizes this aspect in a passage preceding the one cited above (at p. 674):

[TRANSLATION] It is difficult to deal with the duty of representation incumbent on the union in implementing the collective agreement without making distinctions between the various grievances that can be filed by employees as a consequence of decisions made by the management of a business or department ... For an

C.t. s'intègre admirablement dans ce courant qui vise à limiter la discrétion du syndicat lorsque confronté au choix entre son devoir de diligence envers un salarié et celui de représentation des membres de l'unité d'accréditation. Le professeur Jean-Denis Gagnon remarque à ce sujet («Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois» (1981), 41 *R. du B.* 639, à la p. 675):

La situation précaire dans laquelle un salarié peut se retrouver après sa mise à pied ou son congédiement ou lorsque des mesures disciplinaires sévères lui sont imposées a été expressément reconnue par le législateur québécois aux articles 47.2 et suivants qui traitent du devoir de représentation auquel les associations sont tenues. En effet, tout en reconnaissant que ce devoir incombe aux syndicats dans tous les cas où ils agissent à titre de porte-parole ou de représentants d'un groupe de salariés, le législateur n'a, cependant, institué un recours spécifique pour assurer la mise en œuvre de cette obligation, qu'en ce qui concerne les cas de «renvois» ou de «mesures disciplinaires». Dans tous les autres cas, le salarié qui entend dénoncer l'attitude de son association et la forcer à agir ou à modifier son attitude devra utiliser divers recours généraux prévus au *Code du travail* ou dans d'autres textes législatifs. [Je souligne.]

Je suis d'accord. Le législateur a ici clairement indiqué son choix en précisant à l'art. 47.3 C.t. les cas où l'arbitrage d'un grief pourra survivre à son abandon par le syndicat: cas extrêmes, s'il en est, soit les cas de renvois et de sanctions disciplinaires. Les relations collectives de travail sont en effet un domaine de droit socio-économique où le législateur procède continuellement à des ajustements dans la recherche d'un équilibre désirable entre syndicat, salarié et employeur, au moyen de tels choix.

Il s'agit ici d'un choix conséquent avec l'importance généralement reconnue au salarié de conserver son emploi, vu les effets potentiellement dévastateurs pour celui-ci. Jean-Denis Gagnon souligne cet aspect dans un passage précédant celui cité ci-dessus (à la p. 674):

L'on peut difficilement traiter du devoir de représentation qui incombe au syndicat lors de l'application de la convention collective sans établir des distinctions entre les divers griefs qui peuvent être formulés par des salariés, à la suite de décisions prises par la direction d'une entreprise ou d'un service. [...] Pour le salarié dont

employee whose employment comes to an end the challenge to the employer's decision is of considerable importance. His immediate future, his well-being and perhaps also that of his family are tied to his action and whether it succeeds. [Emphasis added.]

Professor Weiler is emphatically of the same opinion (*op. cit.*, at p. 138):

The real reason for singling out discharge grievances for a special legal limitation to the unions' authority is simply that discharge is different. At several points on earlier pages, I have touched on the reasons why the protection against unjust dismissal is perhaps the critical job interest provided by the collective agreement. Especially in the case of the long service employee, being fired as a result of an immediate *contretemps* with his employer can have a devastating impact on his life. Not only is it difficult for older workers to find another job of any kind, but it is just about impossible to replace the benefits and amenities that are associated with lengthy seniority. [Emphasis added. Italics in original.]

The Quebec legislator's choice to distinguish the rights of an employee facing dismissal from other less serious situations is thus in accordance with a consistent line of scholarly and judicial authority.

(d) Infringement of the Duty of Fair Representation in the Case at Bar

This having been said, the question here is whether, applying these principles, the union has infringed its duty of fair representation, as defined in s. 47.2 L.C., with respect to Cécile Montigny. It seems clear that the union disposed of her grievance without her consent, indeed without even telling her. It is equally clear that the grievance was one regarding dismissal, and thus covered by s. 47.3 L.C. The rest is a question of fact, which the Labour Court judge had jurisdiction to assess in his sovereign power as the trier of fact who saw and heard the witnesses. As the Labour Court was acting within the boundaries of its jurisdiction and made no error in doing so, the Superior Court and Court of Appeal were right not to intervene, especially as the union admitted its lack of care. I also share the view taken by the Labour Court, which found serious negligence on the part of the union

l'emploi prend fin la contestation de la décision de l'employeur revêt une importance considérable. Son avenir immédiat, son bien-être et peut-être aussi celui de sa famille sont liés à sa poursuite et à son succès éventuel. [Je souligne.]

Le professeur Weiler abonde dans le même sens (*op. cit.*, à la p. 138):

[TRANSDUCTION] La seule raison de réserver un traitement particulier aux griefs de congédiement et d'imposer à leur égard une limite légale spéciale au pouvoir du syndicat est simplement que le congédiement est différent. J'ai déjà parlé à plusieurs endroits dans les pages qui précèdent des raisons pour lesquelles la protection contre le congédiement injuste est peut-être l'intérêt ouvrier le plus important visé par la convention collective. Particulièrement dans le cas des employés ayant de longs états de service, qui sont congédiés par suite d'un *malentendu* soudain avec leur employeur, situation qui peut avoir des effets dévastateurs sur leur vie. Non seulement est-il plus difficile aux travailleurs plus âgés de trouver un autre emploi, mais il est à peu près impossible de remplacer les avantages et les agréments associés à une ancienneté importante. [Je souligne. Italiques dans le texte original.]

Le choix du législateur québécois de distinguer les droits du salarié, suite à son congédiement, d'autres situations moins graves s'inscrit donc dans un courant doctrinal et jurisprudentiel constant.

(d) Violation du devoir de juste représentation en l'espèce

Ceci dit, il s'agit ici de déterminer si, en regard de ces principes, le syndicat a violé son devoir de juste représentation, tel que défini à l'art. 47.2 C.t., à l'égard de Cécile Montigny. Il apparaît clairement que le syndicat a disposé du grief de celle-ci hors son concours, sans même l'en informer d'ailleurs. Il est de même clair qu'il s'agit d'un grief relatif à un congédiement, donc visé par l'art. 47.3 C.t. Le reste est du domaine des faits, que le juge du Tribunal du travail avait juridiction pour apprécier dans son pouvoir souverain de juge des faits qui a vu et entendu les témoins. Comme le Tribunal du travail agissait à l'intérieur des limites de sa compétence et ce faisant n'a commis aucune erreur, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont eu raison de ne pas intervenir, d'autant que le syndicat a admis son incurie. Je partage par ailleurs l'avis du Tribunal du travail, qui, ayant

and concluded that the latter had based its discretion—a discretion which it undoubtedly had—not on serious grounds, taking into consideration advantages beneficial to the employees as a whole, but rather on grounds completely unrelated to the facts of the grievance. As this was a case where the nature of the grievance did not permit this approach, the union's duty of fair representation was thereby infringed.

2. *Availability of a s. 47.5 L.C. Remedy Where There is a Settlement*

This infringement by the union of its duty of fair representation however does not necessarily provide a basis for the remedy set out in ss. 47.3 *et seq.* L.C. First, this remedy is not automatic since the Labour Court “may” order arbitration of the claim (s. 47.5 L.C.) Second, unlike the duty of fair representation, which is general in nature, the employee's remedy is expressly limited to cases of dismissal or disciplinary sanctions which have not been the subject of an arbitral award on the merits (*Gendron v. Municipalité de la Baie-James, supra*). Finally, the claim must deal with a decision of the employer which can be the subject of a grievance arbitration under the collective agreement (Robert P. Gagnon, *op. cit.*, at p. 110). Are there other limitations on the availability of the s. 47.5 L.C. remedy, namely, as the appellant argued in the case at bar, when a settlement or “transaction” has been reached between the employer and the union? Before answering this it will be necessary to review the situations where this remedy has been granted by the courts.

I note in passing that as the question of a remedy for the employee against her union in the ordinary courts of law has not been raised here, I therefore will not discuss it.

(a) Section 47.5 L.C. Remedy

Whenever a situation involved dismissal or a disciplinary sanction, s. 47.5 L.C. has been invoked to remedy an infringement of the duty of fair representation. This invocation has occurred at various stages of the grievance settlement process, stages that may be classified as follows:

constaté une faute grave de la part du syndicat, a conclu que celui-ci avait fondé sa discrétion—discrétion qu'il possède par ailleurs indubitablement—non pas sur des motifs sérieux, qui prennent en considération des avantages bénéfiques pour l'ensemble des salariés, mais bien au contraire sur des motifs complètement étrangers aux faits du grief, dans un cas où la nature de celui-ci ne le permettait pas, d'où la violation par le syndicat de son devoir de juste représentation.

2. *L'ouverture au remède de l'art. 47.5 C.t. en présence d'un règlement*

La violation par le syndicat de son devoir de juste représentation ne donne toutefois pas nécessairement ouverture au recours prévu aux art. 47.3 et suiv. C.t. D'une part, ce recours n'est pas automatique, puisque le Tribunal du travail «peut» ordonner l'arbitrage de la réclamation (art. 47.5 C.t.) D'autre part, contrairement au devoir de juste représentation qui est de nature générale, le recours du salarié est expressément limité aux cas de renvois ou sanctions disciplinaires qui n'ont pas fait l'objet d'une décision arbitrale au fond (*Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité). Finalement, la réclamation doit porter sur une décision de l'employeur susceptible de faire l'objet d'un arbitrage de grief en vertu de la convention collective (Robert P. Gagnon, *op. cit.*, à la p. 110). Existe-t-il d'autres restrictions à l'ouverture au recours de l'art. 47.5 C.t., soit, comme le prétend l'appelante dans le cas qui nous occupe, lorsqu'est intervenu un règlement ou une «transaction» entre l'employeur et le syndicat? Il y a lieu, avant d'y répondre, de faire un tour d'horizon des situations où ce recours a été retenu par les tribunaux.

Je note au passage que la question d'un recours de droit commun du salarié à l'encontre de son syndicat devant les tribunaux ordinaires n'est pas ici soulevée et je n'en discuterai donc pas.

a) Le recours à l'art. 47.5 C.t.

Toujours dans le cadre d'un renvoi ou d'une sanction disciplinaire, le recours prévu à l'art. 47.5 C.t. a été invoqué dans plusieurs situations où il y avait eu violation du devoir de juste représentation et à différentes étapes du processus de règlement d'un grief, étapes que l'on peut classifier ainsi:

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. the employee has made a complaint but the union refuses to file a grievance; 2. the union has filed the grievance but withdraws it unilaterally; 3. the union filed a grievance but concluded an agreement with the employer by which it withdrew the grievance; 4. the union filed a grievance, which was dismissed by the arbitrator on a preliminary basis for a formal defect; 5. the union filed a grievance which was the subject of a decision, but provided the employee with inadequate representation in the arbitration. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Le salarié a porté plainte mais le syndicat refuse de déposer un grief. 2. Le syndicat a déposé le grief mais s'en désiste de manière unilatérale. 3. Le syndicat a déposé un grief mais a conclu une entente avec l'employeur comportant désistement du grief. 4. Le syndicat a déposé un grief, qui est rejeté préliminairement par l'arbitre pour vice de forme. 5. Le syndicat a déposé un grief qui a fait l'objet d'une décision, mais a représenté le salarié de façon inadéquate lors de l'arbitrage. |
|--|--|

It should be noted that the *Labour Code* makes no distinction between these various stages of the grievance settlement process.

To begin with, there appears to be no question that at the first stage the Labour Court has jurisdiction to order that a grievance the union has refused to take any further be referred to arbitration if it appears that the union's refusal resulted from an infringement of its duty of fair representation. This jurisdiction emanates from the very wording of ss. 47.2 and 47.5 L.C.

With regard to the second stage, where the grievance to be arbitrated is withdrawn by the union in violation of its duty of fair representation, this situation was considered by the Quebec Court of Appeal in *Milhomme v. Aubé*, [1984] C.A. 1. In that case the union had submitted to arbitration an employee's grievance against his dismissal. After numerous delays and a misunderstanding between the employee and the union, the latter decided unilaterally to withdraw the grievance, leading to its dismissal. Bisson J.A. wrote, Nolan and Vallerand J.J.A. concurring (at pp. 5-6):

[TRANSLATION] In closing, I wish to point out that the Court definitely could not accept respondent S.E.C.S.N.'s argument that ss. 47.2 to 47.6 of the *Labour Code* no longer apply once the arbitration process has begun.

Apart from the fact that the legislator has made no distinction, it must be noted that one of the situations

Le *Code du travail*, on l'aura noté, ne fait aucune distinction entre ces diverses étapes du processus de règlement des griefs.

Tout d'abord, à la première étape, il ne paraît pas discutable que le Tribunal du travail ait compétence pour ordonner le renvoi à l'arbitrage d'un grief que le syndicat a refusé de pousser plus avant, s'il appert que ce refus résultait d'une violation du devoir de juste représentation du syndicat, ne serait-ce que par les termes mêmes des art. 47.2 et 47.5 C.t.

Quant à la seconde étape, où le grief inscrit pour arbitrage est retiré par le syndicat en violation de son devoir de juste représentation, cette situation fut étudiée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Milhomme c. Aubé*, [1984] C.A. 1. Dans cette affaire, le syndicat avait inscrit pour arbitrage le grief du salarié à l'encontre de son congédiement. Suite à de multiples délais et à une mésentente entre le salarié et le syndicat, celui-ci décidait unilatéralement de se désister du grief, entraînant ainsi son rejet. Le juge Bisson écrit avec l'assentiment des juges Nolan et Vallerand (aux pp. 5 et 6):

En terminant, je désire souligner que ne saurait être acceptée la prétention de l'intimé S.E.C.S.N. à l'effet que les articles 47.2 à 47.6 du *Code du travail* n'ont plus application lorsque le processus d'arbitrage a été enclenché.

Outre que le législateur n'a fait aucune distinction, il faut noter que l'une des hypothèses envisagées par l'arti-

necessarily contemplated by s. 47.2 is for arbitration for "dismissal or disciplinary sanction" to be underway when the employee decides to file a complaint that his association has failed in its duty under s. 47.2. [Emphasis added.]

The Court of Appeal concluded that the Labour Court had complete jurisdiction to order arbitration in such a situation.

I shall deliberately pass over the third stage, which is the one at issue in this appeal, and return to it later.

The fourth stage has also been the subject of a decision by the Quebec Court of Appeal in *Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson v. Baena* (1987), 7 Q.A.C. 153, where the union had failed to sign the grievance before submitting it to arbitration. The arbitration tribunal dismissed the grievance without examining its merits on the ground that it had not been validly brought before the tribunal. Noting that the Labour Court had complete jurisdiction to order arbitration, I wrote in that case (at p. 156):

[TRANSLATION] ... while it is true that the arbitrators had to make a ruling, they did so simply to say that there were no parties before them competent to proceed to arbitration.

In my opinion, it cannot be said that this was an arbitration. The grievance was not considered and not disposed of either on a preliminary basis or on the merits. Neither did the tribunal refuse to hear the grievance. It simply said that there was no grievance legally before the arbitrators.

The Court of Appeal accordingly dismissed the motion in evocation against the decision of the Labour Court to order arbitration of the claim under s. 47.5 L.C.

Finally, in *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, *supra*, the Supreme Court considered the scope of the Labour Court's jurisdiction at the fifth stage of the arbitration process, after a decision had been rendered on the merits. In that case the employee had brought an action under ss. 47.3 *et seq.* L.C. on the ground that the union had made an incorrect admission at the hearing of a dismissal grievance. The arbitrator had dismissed the grievance, finding it untenable, because of this admission, which later in fact proved to be mistak-

cle 47.2 est nécessairement qu'on puisse être en cour (*sic*) d'arbitrage pour «renvoi ou sanction disciplinaire» lorsque le salarié décide de porter plainte pour manquement de son association aux obligations de l'article 47.2. [Je souligne.]

La Cour d'appel conclut à la pleine juridiction du Tribunal du travail pour ordonner l'arbitrage dans une telle situation.

Je passe à dessein sous silence la troisième étape, qui est celle qui nous occupe dans le présent pourvoi, pour y revenir par la suite.

Quant à la quatrième étape, elle a aussi fait l'objet d'une décision de la Cour d'appel du Québec dans l'appel *Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson c. Baena* (1987), 7 Q.A.C. 153, où le syndicat avait négligé de signer le grief avant de l'inscrire pour arbitrage. Le tribunal d'arbitrage rejeta le grief sans en examiner le fondement, au motif qu'il n'avait pas été valide-ment saisi pour en décider. Constatant la pleine compétence du Tribunal du travail pour ordonner un arbitrage, j'écrivais alors (à la p. 156):

... s'il est vrai que les arbitres ont eu à se prononcer, ils l'ont fait uniquement pour dire qu'il n'y avait pas de partie compétente devant eux pour procéder à l'arbitrage.

On ne saurait, à mon avis, prétendre qu'il s'agit là d'un arbitrage. Le grief n'a pas été examiné et on n'en a pas disposé, ni préliminairement, ni au mérite. On n'a pas non plus refusé de l'entendre. On a simplement constaté qu'il n'y avait pas de grief légalement devant les arbitres.

La Cour d'appel rejetait donc la requête en évocation à l'encontre de la décision du Tribunal du travail qui avait ordonné l'arbitrage de la réclamation en vertu de l'art. 47.5 C.t.

Finalement, la Cour suprême s'est penchée, dans l'arrêt *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité, sur l'étendue de la compétence du Tribunal du travail au niveau de la cinquième étape du processus d'arbitrage, après qu'une décision au fond ait été rendue. Le salarié avait alors intenté un recours sous les art. 47.3 et suiv. C.t. au motif que le syndicat avait fait une admission erronée lors de l'audition du grief à l'encontre d'un congédiement. En raison de cette admission, qui se révéla par la suite effectivement fautive, l'arbitre

en. The employee's subsequent application under s. 47.5 L.C. was allowed by the Labour Court, which ordered arbitration of the claim. The employer filed a motion in evocation with respect to this decision of the Labour Court, which was dismissed by the Superior Court but allowed by a majority of the Court of Appeal. This Court, *per* Chouinard J., affirmed the Court of Appeal's judgment and quashed the referral of the employee's claim to arbitration (at pp. 407-8):

In my view the Labour Court did not have the power to refer a case to arbitration in such a situation, when it had already been arbitrated and the grievance disposed of.

It is manifest that s. 47.5 applies when there has been no arbitration because the association refused to take the grievance that far.

When there has been no arbitration s. 47.5 is readily understandable and ss. 47.2 to 47.6 can be reconciled with each other and with the other provisions in the Code.

This power is part of the general scheme of the Code which is that every grievance shall be submitted to arbitration (s. 100). It favours access to arbitration.

The Court noted that referral to arbitration once the arbitrator has already ruled on the grievance would be inconsistent with s. 101 L.C., which dictates that an arbitrator's decision is final, without appeal and binding on the parties, including the employee concerned. Allowing a second arbitration would amount to creating an exception to this section, an exception not provided for in the legislation. In this regard the Court distinguished the facts of this case from those in *Milhomme v. Aubé, supra*, where there had not been a decision by an arbitrator (at p. 412):

However, that case [*Milhomme*] was quite different from the case at bar. The arbitration had begun, but the association had withdrawn the grievance before the arbitration was complete.

There is no inconsistency between the judgment of the Court of Appeal in the case at bar and *Milhomme*, where there was no arbitration. That case does not apply.

avait rejeté le grief, le déclarant irrecevable. La requête subséquente du salarié sous l'art. 47.5 C.t. fut accueillie par le Tribunal du travail qui ordonna l'arbitrage de la réclamation. L'employeur présenta une requête en évocation de cette décision du Tribunal du travail, qui fut rejetée par la Cour supérieure mais accueillie majoritairement par la Cour d'appel. Notre Cour, sous la plume du juge Chouinard, confirma le jugement de la Cour d'appel et annula le renvoi à l'arbitrage de la réclamation du salarié (aux pp. 407 et 408):

À mon avis le Tribunal du travail n'a pas le pouvoir de déferer une affaire à l'arbitrage en pareille circonstance quand un arbitrage a déjà eu lieu et qu'il a été disposé du grief.

Il est patent que l'art. 47.5 s'applique lorsqu'il n'y a pas eu d'arbitrage parce que l'association a refusé de pousser le grief jusqu'à cette étape.

Lorsqu'il n'y a pas eu d'arbitrage l'art. 47.5 s'explique aisément et les art. 47.2 à 47.6 sont conciliables les uns avec les autres de même qu'avec les autres dispositions du Code.

Ce pouvoir s'inscrit dans l'économie générale du Code qui veut que tout grief soit soumis à l'arbitrage (art. 100). Il favorise l'accès à l'arbitrage.

La Cour souligne que le recours à l'arbitrage alors que l'arbitre s'est déjà prononcé sur le grief serait incompatible avec l'art. 101 C.t., selon lequel la décision de l'arbitre est finale, sans appel et lie les parties, y compris le salarié concerné. Permettre un second arbitrage équivaldrait à créer une exception à cet article, exception que le législateur n'a pas prévue. La Cour distingue en ce sens les faits de cette affaire de ceux de l'arrêt *Milhomme c. Aubé*, précité, où il n'y avait pas eu de décision de l'arbitre (à la p. 412):

Cette affaire-là [*Milhomme*] était cependant tout à fait différente de celle-ci. L'arbitrage avait été commencé mais l'association avait retiré le grief avant que l'arbitrage ne soit complété.

Il n'y a aucune incompatibilité entre l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce et l'arrêt *Milhomme* où il n'y avait pas eu d'arbitrage. Cet arrêt ne s'applique pas.

The Court accordingly concluded that ss. 47.2 to 47.6 L.C. cannot be construed so as to authorize arbitration of a grievance which has already been arbitrated.

(b) Section 47.5 L.C. and the Grievance Settled

From this brief overview of four of the stages at which the provisions of ss. 47.3 *et seq.* L.C. have been relied on it appears that the common denominator for determining the scope of the Labour Court's jurisdiction to order arbitration of a claim is whether or not a decision has been made by the arbitrator on the merits of the case. Clearly there was no such decision by the arbitrator at the third stage of the grievance arbitration procedure, which is where the matter stands in the case at bar. The arbitration process was interrupted by the conclusion of an agreement between the union and the employer before the grievance was heard. The appellant submits, however, that this agreement can be likened to a transaction under ordinary law, and so has the force of *res judicata* between the parties (art. 1920 C.C.L.C.), since it can be filed with the arbitrator under s. 100.3 L.C.:

1920. Transaction has between the parties to it the authority of a final judgment (*res judicata*).

100.3. [Award: settlement or discontinuance] If the arbitrator is notified in writing of the total or partial settlement or of the discontinuance of a grievance of which he has been seized, he shall commit it to writing and file his award in accordance with section 101.6.

The appellant argues that as s. 101.6 L.C. provides for the filing of the arbitrator's decision with the office of the labour commissioner-general, the agreement concluded between the union and the employer must be treated like a final decision made by an arbitrator, thereby depriving the Labour Court of any jurisdiction to order further arbitration.

This argument cannot succeed. First, the filing contemplated by ss. 100.3 and 101.6 L.C. has a purely procedural purpose. It is intended to technically terminate the dispute between the employer and the union as well as to inform the arbitrator of the existence of the agreement. Since the matter is only before him so long as there is a grievance, it is even possible that he may be called on to decide

La Cour conclut donc que l'on ne peut interpréter les art. 47.2 à 47.6 C.t. de manière à permettre le renvoi à l'arbitrage d'un grief ayant déjà fait l'objet d'un premier arbitrage.

b) L'article 47.5 C.t. et le grief réglé

Il ressort de ce bref survol de quatre des étapes où furent invoquées les dispositions des art. 47.3 et suiv. C.t. que le dénominateur commun permettant de délimiter l'étendue de la compétence du Tribunal du travail d'ordonner l'arbitrage d'une réclamation est l'existence ou non d'une décision de l'arbitre sur le fond du litige. À la troisième étape de la procédure d'arbitrage des griefs, où se situe le litige dans la présente affaire, il n'y a évidemment pas eu de telle décision de l'arbitre, le processus d'arbitrage ayant été interrompu avant l'audition du grief par l'intervention d'un accord entre le syndicat et l'employeur. L'appelante soumet cependant que cette entente est assimilable à la transaction de droit commun, et a donc force de chose jugée entre les parties (art. 1920 C.c.B.-C.), puisqu'elle peut être déposée auprès de l'arbitre en vertu de l'art. 100.3 C.t.:

1920. La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

100.3. [Sentence: accord ou désistement] Si l'arbitre est informé par écrit du règlement total ou partiel ou du désistement d'un grief dont il a été saisi, il en donne acte et dépose sa sentence conformément à l'article 101.6.

Comme l'art. 101.6 C.t. prévoit quant à lui le dépôt de la décision de l'arbitre au greffe du bureau du Commissaire général du travail, d'ajouter l'appelante, il faut assimiler l'entente intervenue entre le syndicat et l'employeur à une décision finale rendue par un arbitre, privant ainsi le Tribunal du travail de toute compétence pour ordonner le renvoi à l'arbitrage de la réclamation dans ces cas.

Cet argument ne saurait réussir. D'abord, le dépôt prévu par les art. 100.3 et 101.6 C.t. a une vocation purement procédurale. Il vise en effet à mettre fin techniquement au litige existant entre l'employeur et le syndicat, de même qu'à informer l'arbitre de l'existence de cet accord puisqu'il n'est saisi du litige qu'en autant qu'il y a un grief; il pourra même possiblement être appelé à décider de la

the scope of the agreement or how it is to be implemented (F. Morin and R. Blouin, *Arbitrage des griefs* (1986), at pp. 223-24, par. V.13). It is also necessary to place the rule established in *Gendron v. Municipalité de la Baie-James*, *supra*, prohibiting a second arbitration, in the context of the philosophy underlying it. The decision-making process of arbitration, that is the making of a decision on the merits by an impartial third party, must be respected regardless of whether it is right or wrong. This is a degree of respect and confidence not necessarily commanded by a simple agreement between an employer and the union. Attempting to liken an agreement between a union and an employer to an arbitrator's decision on the merits amounts to ignoring this fundamental difference. Recourse to the impartiality of an arbitrator seems to me to be essential in the distinction between the various stages at which arbitration can be ordered; i.e. whenever there has been an infringement of the duty of fair representation and if the employee has been the subject of a dismissal or disciplinary sanctions. I can only concur with Bisson J.A. that giving this type of agreement the same force as a civil transaction would be [TRANSLATION] "adopting a very civilist approach" in the specialized field of labour law. Moreover, a civil law transaction can only be set up against the parties to the dispute (art. 1920 C.C.L.C.), whereas here the employee was not a party to the agreement between the union and the employer. Finally, I would note that under the wording of s. 100.3 L.C., simple discontinuance of a grievance by the union is also subject to the same filing procedure, and that the Court of Appeal, in my opinion correctly, has recognized that the s. 47.5 remedy would be available in such a case (*Milhomme v. Aubé*, *supra*), thus denying this procedure the meaning which the appellant would like it to have.

In the same vein, the appellant argues that allowing recourse to the procedure in ss. 47.3 *et seq.* L.C. in such cases would have the unacceptable consequence of casting doubt on, and even overturning, both any agreement that might be concluded between a union and an employer at the expense of the employer's rights, and the stability of collective labour relations in Quebec generally.

portée de cet accord ou de ses modes d'application (F. Morin et R. Blouin, *Arbitrage des griefs* (1986), aux pp. 223 et 224, par. V.13). Il faut de plus replacer la règle dégagée par l'arrêt *Gendron c. Municipalité de la Baie-James*, précité, interdisant un second arbitrage, dans le contexte de la philosophie qui l'a inspirée, c.-à-d. le respect du processus décisionnel du mécanisme d'arbitrage, soit la prise d'une décision au fond par un tiers impartial, que ce dernier ait par ailleurs tort ou raison. Il s'agit là d'un respect et d'une confiance que ne commande pas nécessairement un simple accord entre employeur et syndicat, du moins pas au même degré. Vouloir assimiler une entente entre syndicat et employeur à la décision au mérite d'un arbitre revient à ignorer cette distinction fondamentale. Le recours à l'impartialité d'un arbitre me paraît essentiel dans la ligne à tracer entre les diverses étapes où le recours à l'arbitrage d'un grief peut être ordonné, s'il y a eu violation du devoir de juste représentation et si l'employé a fait l'objet d'un renvoi ou de sanctions disciplinaires. Je ne peux que me déclarer d'accord avec le juge Bisson en Cour d'appel pour dire que reconnaître à ce genre d'accord la même force qu'une transaction civile serait «adopter une approche très civiliste» dans ce domaine particulier qu'est le droit du travail. D'ailleurs, la transaction de droit civil n'est opposable qu'aux parties au litige (art. 1920 C.C.B.-C.), alors qu'ici le salarié n'est pas partie à l'accord entre le syndicat et l'employeur. Je note finalement que, selon le texte de l'art. 100.3 C.t., le désistement pur et simple par le syndicat d'un grief est aussi soumis à la même procédure de dépôt, et que la Cour d'appel a reconnu, à bon droit je crois, l'ouverture au recours de l'art. 47.5 dans un tel cas (*Milhomme c. Aubé*, précité), niant ainsi à cette procédure la signification que voudrait lui prêter l'appelante.

L'appelante soumet dans la même veine que de permettre dans ces cas le recours à la procédure des art. 47.3 et suiv. C.t. aurait comme conséquence inacceptable de rendre précaire ou même d'annuler toute entente qui pourrait intervenir entre un syndicat et un employeur, au détriment, d'une part, des droits de l'employeur et, d'autre part, de la stabilité des relations collectives de

An employer could no longer assume that agreements made with a union were final.

I myself regard such apprehension as greatly exaggerated, in view, *inter alia*, of the limited number of cases covered by the legislation, cases of dismissal or disciplinary sanctions in which the union has failed in its duty of fair representation. However, such concerns cannot be ignored as they reflect a fear that the delicate balance existing in collective labour relations will be upset. I adopt here the description of the situation given in another context by McIntyre J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 414:

Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour—a very powerful socio-economic force—on the one hand, and the employers of labour—an equally powerful socio-economic force—on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. [Emphasis added.]

The union's credibility as a valid and exclusive spokesman for the employees included in the bargaining unit continues to be one of the essential elements of this process. However, it must be recognized that the legislator is fully competent to adjust the balance between employee rights and union monopoly on representation as against the rights of the employer within the framework of collective labour relations, so as to make them as harmonious as possible. This is the interpretation which has been given to the 1977 amendments to the *Labour Code* (Colette Matteau, "La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires", in R. Blouin et al. (ed.), *Le Code du travail du Québec, 15 ans après ...* (1979), at p. 91):

travail au Québec, puisqu'un employeur ne pourrait plus compter sur le caractère définitif des accords conclus avec un syndicat.

Je crois, pour ma part, ces craintes grandement exagérées vu, entre autres, les cas restreints que vise cette législation, cas de renvois ou de sanctions disciplinaires à l'occasion desquels le syndicat a manqué à son devoir de juste représentation. On ne saurait toutefois passer sous silence ces préoccupations, car elles reflètent la crainte d'un bouleversement de l'équilibre fragile que constituent les relations collectives de travail. Je reprends ici à mon compte la description qu'en faisait dans un autre contexte le juge McIntyre dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 414:

Le droit du travail, comme nous l'avons vu, constitue un sujet d'importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L'équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L'un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de l'autre. Manifestement il n'existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l'intérêt public. L'ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. [Je souligne.]

Si la crédibilité du syndicat à titre d'interlocuteur valable et exclusif des salariés compris dans l'unité d'accréditation reste l'un des éléments essentiels de ce processus, il faut cependant reconnaître au législateur pleine compétence pour ajuster comme il l'entend l'équilibre entre les droits des salariés et le monopole de représentation des syndicats, d'une part, et, d'autre part, ceux de l'employeur dans le cadre des relations collectives de travail, de manière à les rendre aussi harmonieuses que possible. C'est l'interprétation que l'on a d'ailleurs donnée aux modifications du *Code du travail* en 1977 (Colette Matteau, «La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans R. Blouin et autres (éd.), *Le Code du travail du Québec, 15 ans après ...* (1979), à la p. 91):

[TRANSLATION] Accordingly the adoption of ss. 38b *et seq.* [now 47.2 *et seq.*] with their limits and s. 88e [100.5] giving the employee concerned the right to an arbitration hearing seems to me to adequately reconcile the need to give the union the final decision-making power over implementation of the agreement and the need to control certain union decisions that have a major impact on the employee's personal interests.

Further, as Professor Blumrosen points out, *op. cit.*, the protagonists in this area have to demonstrate flexibility in view of this ever-shifting equilibrium (at p. 1494):

There is no evidence that the collective bargaining process would grind to a halt if individual employees were allowed legal protection for their critical job interests. The possibility of legal protection might make union and management officials more cautious in disposing of employee claims, but this would not mean the ruination of collective bargaining. It is as reasonable to assume that union and management would learn to accommodate to a rule which prohibited them from informally waiving employee rights in connection with discharge and seniority claims. The history of collective bargaining demonstrates the basic flexibility of union and management. [Emphasis added.]

Accepting the appellant's arguments in this regard would ignore the legislative intention, indicated here by the adoption of ss. 47.2 to 47.6 L.C., to adapt labour relations to the ever-changing power struggle in this area.

The legislator's decision that the right of employees to retain their employment should be given preference is a conclusion which fits in with the general framework of *Labour Code* provisions, in which the legislator is constantly seeking to provide protection for employee rights. This does not mean serious hardship for the employer. First, as regards the referral to arbitration of a grievance settled with the union, it will be in a position comparable to that following a unilateral discontinuance by the union (*Milhomme v. Aubé, supra*) or a preliminary dismissal of the grievance (*Collège d'enseignement général et professionnel de*

Aussi l'adoption des articles 38b et suivants [maintenant 47.2 et suiv.] avec leurs limites ainsi que de l'article 88e [100.5] reconnaissant au salarié intéressé le droit d'être entendu à l'arbitrage, me semble concilier adéquatement la nécessité de conférer au syndicat le pouvoir final et décisionnel en matière d'application de la convention avec la nécessité du contrôle de certaines décisions syndicales affectant gravement l'intérêt personnel du salarié.

De plus, comme le souligne le professeur Blumrosen, *loc. cit.*, les protagonistes dans ce domaine se doivent de faire preuve de flexibilité face à ce déséquilibre en perpétuelle évolution (à la p. 1494):

[TRADUCTION] Rien ne prouve que le processus de négociation collective finirait par s'arrêter si on accordait aux employés individuellement une protection légale pour les intérêts de première importance qu'ils ont dans leur emploi. La possibilité de protection légale pourrait avoir pour effet que les représentants du syndicat et du patronat seraient plus prudents quand ils règlent des revendications des employés, mais cela ne signifierait pas la fin de la négociation collective. Il est aussi raisonnable de présumer que syndicat et patronat apprendraient à s'adapter à une règle qui leur interdirait d'écarter de manière informelle des droits des employés relativement à des revendications en matière de renvoi et d'ancienneté. L'histoire de la négociation collective montre la souplesse fondamentale des syndicats et du patronat. [Je souligne.]

Accepter les prétentions de l'appelante à cet égard reviendrait à ignorer l'intention du législateur d'adapter les relations de travail à l'évolution constante des rapports de force dans ce domaine, intention manifestée ici par l'adoption des art. 47.2 à 47.6 C.t.

Le choix du législateur de préférer le droit des salariés à conserver leur emploi est une conclusion qui s'imbrique naturellement dans l'ensemble des dispositions du *Code du travail*, où le législateur recherche constamment à assurer la protection des droits du salarié. L'employeur ne subit par pour autant d'inconvénients sérieux; d'une part, en ce qui concerne le renvoi à l'arbitrage d'un grief réglé avec le syndicat, il sera dans une position comparable à celle suivant un désistement unilatéral du syndicat (*Milhomme c. Aubé, précité*) ou le rejet préliminaire du grief (*Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson c. Baena, pré-*

Dawson v. Baena, supra). In the latter case, it was similarly "entitled" to expect that the grievance would be terminated but the courts have nevertheless recognized the possibility of recourse to ss. 47.3 *et seq.* L.C. Second, as regards the *quid pro quo* for the agreement to settle the grievance, if any, the latter may be the subject either of an eventual action by the employer against the union, or of an order by the Labour Court under the second paragraph of s. 47.5 L.C., but we do not have to decide that point here. Section 47.6 L.C. also creates an exception in favour of the employee by preventing the employer from relying on non-compliance with time limits. Finally, the *Labour Code* expressly limits the finality of an agreement in s. 100.0.2:

100.0.2. [Referral of grievance] Where the parties have settled a grievance before it has been referred to arbitration and one of the parties refuses to give effect to the settlement reached, the other party may refer the grievance to arbitration notwithstanding any agreement to the contrary and notwithstanding the expiry of the periods provided for in sections 71 and 100.0.1 or in the collective agreement.

Although this provision is not directly applicable to the case at bar, it makes it clear that a settlement in collective labour relations is not of the same nature as a transaction in civil law, and it would be futile to try to treat them in a like manner.

It was stressed at the hearing that this interpretation risks conferring impunity on a union which breaks the law and incurs no penalty for doing so. Louise Mailhot (now a member of the Quebec Court of Appeal) took such a position ("La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires", in *Le Code du travail, 15 ans après . . .*, at p. 84):

[TRANSLATION] That is not all, however: this beginning, though small, is made at the expense of the employer. It seems inconceivable that the employer should be the one who in the final analysis pays for the fault or negligence of the union.

She then referred to the fact that, in the event of reinstatement, it is the employer who would pay the salary arrears. Against this argument, how-

cité), où il était pareillement «en droit» de s'attendre à ce que le grief soit éteint mais où pourtant la jurisprudence a reconnu la possibilité du recours aux art. 47.3 et suiv. C.t.; d'autre part, en ce qui concerne la contrepartie de l'entente de règlement du grief, s'il y a lieu, celle-ci pourra faire l'objet soit d'un recours éventuel de l'employeur contre le syndicat, soit d'une ordonnance du Tribunal du travail en vertu de l'al. 2 de l'art. 47.5 C.t. ce que nous ne sommes toutefois pas appelés à décider en l'espèce. L'article 47.6 C.t. créé lui aussi une exception en faveur du salarié en empêchant l'employeur d'invoquer le non-respect des délais. Enfin, le *Code du travail* restreint explicitement le caractère définitif d'un entente à son art. 100.0.2:

100.0.2. [Grief déferé à l'arbitrage] Lorsque les parties ont réglé un grief avant qu'il ne soit déferé à l'arbitrage et qu'une des parties refuse de donner suite au règlement intervenu, l'autre partie peut déferer le grief à l'arbitrage malgré toute entente à l'effet contraire et malgré l'expiration des délais prévus aux articles 71, 100.0.1 ou à la convention collective.

Cette disposition, bien qu'elle ne soit pas directement applicable en l'espèce, souligne bien qu'un règlement dans le domaine des rapports collectifs de travail n'est pas de même nature que la transaction en droit civil, et qu'il serait donc vain de vouloir les assimiler.

On a souligné à l'audience que cette interprétation risque d'assurer l'impunité d'un syndicat qui, d'une part, aura contrevenu à la loi et, d'autre part, n'en subira aucune sanction. M^e Louise Mailhot (aujourd'hui de la Cour d'appel du Québec) adoptait une telle position et notait à cet égard («La liberté syndicale: droits collectifs et droits individuels—commentaires», dans *Le Code du travail, 15 ans après . . .*, à la p. 84):

Mais il y a plus, ce début, même s'il est timide, se fait aux dépens de l'employeur. Il semble incroyable que l'employeur soit celui qui paie en dernière analyse pour la faute ou la négligence du syndicat.

Elle faisait alors référence au fait que, en cas de réintégration, l'employeur supporterait le paiement des arriérés de salaire. On doit cependant mention-

ever, there is the second paragraph of s. 47.5 L.C., which allows the Court to order the union to pay costs and other non-pecuniary penalties that may result. A civil action for damages by the employer against the union may also exist. However, the Court does not have to decide these issues in the case at bar. I would further note that the employer will only be prejudiced if it has unlawfully dismissed the employee and has not admitted the validity of the grievance from the outset.

The conclusion I have reached seems to me to be consistent with the legislator's desire to make both employer and union responsible to employees and to ensure that the rights of the latter will not be sacrificed with impunity, without both the union and the employer bearing the consequences. That is only fair.

The Labour Court's ancillary power to ignore in whole or in part the agreement concluded between the union and the employer by ordering arbitration is based on the second paragraph of s. 47.5 L.C., which gives it the power to "make any other order it considers necessary in the circumstances". I would note in closing that the only effect of ss. 47.2 to 47.6 L.C. coming into force in 1977 was to confirm a jurisdiction which the ordinary courts already possessed. Even before the introduction of this statutory remedy, it was possible to set aside an agreement between a union and an employer whereby the grievance submitted to arbitration was settled in contravention of the union's duty of fair representation (*Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique v. Richer*, [1983] C.A. 167).

It follows from this analysis that the Labour Court's power to refer to arbitration a grievance already settled between the employer and the union in contravention of s. 47.2 L.C. is firmly based not only on the wording of ss. 47.2 to 47.6 L.C., but also on the provisions of the *Labour Code* as a whole, and is consistent with current judicial and scholarly opinion in labour relations in North America.

ner à l'encontre de cet argument le second alinéa de l'art. 47.5 C.t., qui permet au tribunal de condamner le syndicat aux frais et aux autres sanctions de nature non pécuniaire qui peuvent s'ensuivre, ainsi que la possibilité de l'existence d'un recours civil en dommages-intérêts de l'employeur contre le syndicat, ce qu'il ne nous revient toutefois pas de décider en l'espèce. Je note de plus que l'employeur ne subira de préjudice que dans la mesure où il aura congédié illégalement le ou la salarié(e) et n'aura pas reconnu le bien-fondé du grief dès son origine.

La conclusion à laquelle j'en arrive me paraît s'inscrire dans le désir du législateur de responsabiliser tant l'employeur que le syndicat envers les salariés de l'entreprise et de s'assurer que les droits de ces derniers ne seront pas sacrifiés impunément, sans quoi tant le syndicat que l'employeur en porteront les conséquences. Ce n'est que justice.

Le pouvoir accessoire du Tribunal du travail d'ignorer en tout ou en partie l'entente intervenue entre le syndicat et l'employeur par son ordonnance de renvoi à l'arbitrage de la réclamation s'appuie sur le second paragraphe de l'art. 47.5 C.t., qui lui donne le pouvoir de «rendre toute autre ordonnance [...] nécessaire dans les circonstances». Je note en terminant que l'entrée en vigueur des art. 47.2 à 47.6 C.t., en 1977, n'a eu pour effet que de recouper une juridiction que possédaient auparavant les tribunaux de droit commun. En effet, même avant l'institution de ce recours statutaire, il était possible d'écarter une entente entre un syndicat et un employeur par laquelle le grief inscrit pour arbitrage était réglé en violation du devoir de juste représentation d'un syndicat (*Syndicat des agents de la paix de la Fonction publique c. Richer*, [1983] C.A. 167).

Il découle de cette analyse que le pouvoir de redressement du Tribunal du travail par le renvoi à l'arbitrage d'un grief, réglé entre l'employeur et le syndicat en violation de l'art. 47.2 C.t. alors que le grief était inscrit pour arbitrage, trouve fermement assise non seulement dans le texte des art. 47.2 à 47.6 C.t., mais également dans l'ensemble des dispositions du *Code du travail*, et il s'inscrit dans le courant jurisprudentiel et doctrinal des relations de travail en Amérique du Nord.

Conclusion

In conclusion, I am of the view that the Labour Court did not in this case [TRANSLATION] “make an error going to jurisdiction”, according to the criteria laid down by the courts, and that both the Superior Court and the Court of Appeal properly refused to exercise their superintending and reforming power.

Accordingly, for all these reasons I would dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Robert, Dansereau, Barre, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Solicitors for the respondents and the mis en cause Fréchette: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Montigny: Brière, Gonneville, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.): Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.

Conclusion

En conclusion, j'estime que le Tribunal du travail n'a pas en l'espèce «commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence», suivant les critères établis par la jurisprudence, et que tant la Cour supérieure que la Cour d'appel ont, avec raison, refusé d'exercer leur pouvoir de surveillance et de contrôle.

En conséquence, pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, le tout avec dépens en toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Robert, Dansereau, Barre, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Procureurs des intimés et du mis en cause Fréchette: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de la mise en cause Montigny: Brière, Gonneville, Montréal.

Procureurs du mis en cause le Syndicat national des employés de l'Hôpital Régina (C.S.N.): Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.

**Patricia Starr, Tridel Corporation Inc.,
Mario Giampietri and Gordon Ashworth**
Appellants

v.

**The Honourable Mr. Justice Lloyd W.
Houlden, Commissioner and the Government
of Ontario** *Respondents*

INDEXED AS: STARR v. HOULDEN

File No.: 21777.

1990: March 8; 1990: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Provincial inquiry into allegations of political corruption — Terms of reference naming specific private individuals — Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing — Whether or not inquiry as framed falling within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411.

Constitutional law — Charter of Rights — Legal rights — Provincial inquiry into allegations of political corruption — Terms of reference naming specific private individuals — Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing — Whether or not infringement of ss. 7 to 14 of the Charter — If so, whether or not infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Allegations were made in the press that Starr, the President of a section of a registered charity, had made contributions from the charity's funds to political parties and that there was an association between her and Tridel Corporation Inc. Allegations about the relationship between Starr and various public officials, elected and unelected, mounted in the media and in the Legislative Assembly. Ashworth, the Executive Director of the Premier's Office, resigned his position after revealing that Starr had arranged for his family to receive person-

**Patricia Starr, Tridel Corporation Inc.,
Mario Giampietri et Gordon Ashworth**
Appellants

a c.

**L'honorable juge Lloyd W. Houlden,
commissaire, et le gouvernement de
l'Ontario** *Intimés*

b RÉPERTORIÉ: STARR c. HOULDEN

N° du greffe: 21777.

1990: 8 mars; 1990: 5 avril.

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

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

d Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique — Mandat désignant nommément des particuliers — Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel — L'enquête instituée relève-t-elle de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411.

f Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique — Mandat désignant nommément des particuliers — Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel — Y a-t-il violation des art. 7 à 14 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Il a été allégué dans la presse que Starr, présidente d'une section d'un organisme de charité enregistré, avait fait des contributions à des partis politiques à même les fonds de cet organisme et qu'il y avait une association entre elle et Tridel Corporation Inc. Les allégations concernant les rapports entre Starr et divers fonctionnaires publics, élus et non élus, se sont faites de plus en plus nombreuses dans les médias et à l'Assemblée législative. Ashworth, le directeur général du bureau du premier ministre, a démissionné de son poste après avoir révélé que Starr avait pris des dispositions pour que sa famille bénéficie gratuitement

al benefits at no cost to himself. The province instituted a number of investigations.

A commission of inquiry was appointed pursuant to the *Public Inquiries Act* to inquire into the facts surrounding the relationships between Starr, any person or corporation she may have acted for, including Tridel Corporation Inc., and any elected and appointed officials, including Ashworth. The appellants' requested the Commissioner to state a case dealing with the competence of the province to establish the inquiry and its potential effects on individual rights at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. When that application was dismissed, they applied to the Divisional Court to direct the Commissioner to state a case. That court heard the application, determined the case on its merits, and dismissed the application. The Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. Three constitutional questions queried: (1) whether the inquiry's terms of reference fell within Parliament's criminal law power; (2) whether it infringed the *Charter's* legal rights (ss. 7 to 14); and (3) if so, whether the inquiry was justified under s. 1. The appellants raised two additional issues. Firstly, did the terms of reference violate the principles enunciated by the Court of Appeal in *Re Nelles and Grange* because they required the Commissioner to investigate the conduct of named persons as to their civil or criminal responsibility while expressly prohibiting him from expressing any conclusions regarding their civil or criminal responsibility? And secondly, if the Order in Council was constitutional, could the inquiry proceed in the face of the ongoing police investigation, and if so, what procedure was mandated by the Order in Council and the necessity not to interfere with the rights guaranteed by the *Charter*?

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative; it was not necessary to pronounce on the other constitutional questions or issues.

Per Dickson C.J. and Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The inquiry's terms of reference exceeded the province's jurisdiction. The inquiry in effect served as a substitute police investigation and preliminary inquiry with compellable accused in respect of s. 121 of the *Criminal Code* and was in pith and substance a matter falling within Parliament's exclusive criminal law power.

de certains avantages personnels. La province a institué un certain nombre d'enquêtes.

Une commission d'enquête a été établie conformément à la *Loi sur les enquêtes publiques* pour examiner les faits entourant les rapports entre Starr, toute personne ou société dont elle a pu être mandataire, y compris Tridel Corporation Inc., et tout fonctionnaire public élu et nommé, y compris Ashworth. Les appelants ont demandé au commissaire de soumettre un exposé de cause sur la compétence de la province d'instituer l'enquête et ses effets possibles sur les droits de la personne en common law et aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande ayant été refusée, ils ont demandé à la Cour divisionnaire d'ordonner au commissaire de soumettre un exposé de cause. La cour a entendu la demande, a rendu sa décision sur le fond et a rejeté la demande. La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette décision. Trois questions constitutionnelles ont été formulées: (1) Le mandat de l'enquête relève-t-il de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? (2) Porte-t-il atteinte aux garanties juridiques contenues dans la *Charte* (art. 7 à 14)? (3) Et dans l'affirmative, l'enquête est-elle justifiée en vertu de l'article premier? Les appelants ont soulevé deux questions supplémentaires. Premièrement, le mandat viole-t-il les principes énoncés par la Cour d'appel dans *Re Nelles and Grange* parce qu'il impose au commissaire d'enquêter sur la conduite de personnes nommément désignées relativement à leur responsabilité civile ou criminelle tout en lui interdisant expressément de formuler des conclusions concernant cette responsabilité civile ou criminelle? Deuxièmement, si le décret est constitutionnel, l'enquête peut-elle être tenue en même temps que l'enquête policière et, dans l'affirmative, quelle procédure est exigée par le décret et la nécessité de ne pas porter atteinte aux droits que garantit la *Charte*?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): L'appel est accueilli. Il y a lieu de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle; il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres points et questions constitutionnelles.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: Le mandat de l'enquête excède la compétence de la province. L'enquête remplace en fait une enquête policière et une enquête préliminaire, dans lesquelles les accusés sont contraignables, relativement à l'art. 121 du *Code criminel*, et elle constitue, de par son caractère véritable, un sujet relevant de la compétence exclusive du Parlement en matière de droit criminel.

The inquiry's terms of reference envisaged a two-step process that eventually narrows its scope. Firstly, the Commissioner had a broad mandate to locate and identify the dealings between Starr and Tridel Corporation Inc. and elected and unelected public officials. Secondly, he was to inquire into and report upon those dealings indicating whether a benefit was conferred upon an elected or unelected public official. Only Starr and Tridel Corporation Inc. were named in the terms of reference; no public officials were named.

The inquiry process cannot be used to circumvent the federally prescribed criminal procedure. It is coercive and quite incompatible with our notion of justice in the investigation of a particular crime and the determination of actual or probable criminal or civil responsibility.

The pith and substance of a provincial commission must be firmly anchored to a provincial head of power and cannot be used, either purposely or through its effect, as a means to investigate and determine the criminal responsibility of specific individuals for specific offences.

In pith and substance, this inquiry was a substitute police investigation and preliminary inquiry into an offence alleged to have been committed by one or both of the named individuals. Its terms of reference named private individuals using language virtually indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision and the Commissioner's findings would, in effect, establish a *prima facie* case against the named individuals. Investigation of public officials would be incidental to the main focus of the Commissioner's mandate because it was defined in terms of whether they had dealings with Starr or Tridel Corporation Inc.

No broader policy objective was present to distinguish this inquiry from a substitute police investigation. The terms of reference made no mention of an examination of the overall system governing how government officials deal with charities specifically, or with respect to outside interests generally. Indeed, although public officials are within the scope of the inquiry, the investigation of them depends upon whether they have had dealings with the two named individuals, neither of whom are public officials.

This inquiry is not anchored in s. 92(4), (7), (13) or (16) of the *Constitution Act, 1867*. Neither the terms of reference nor the background facts leading up to the inquiry indicate that the inquiry was designed to restore

Le mandat de l'enquête prévoit une procédure en deux étapes qui finalement restreint sa portée. Premièrement, le commissaire a le vaste mandat de trouver et d'identifier les relations d'affaires entre Starr et Tridel Corporation Inc. et des fonctionnaires publics élus et non élus. Deuxièmement, il doit faire enquête et rapport sur ces relations d'affaires en indiquant si un avantage a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu. Seules Starr et Tridel sont nommées dans le mandat; aucun fonctionnaire public n'y est nommé.

La commission d'enquête ne peut être utilisée pour contourner la procédure en matière criminelle prescrite par le Parlement. Il s'agit d'une procédure coercitive qui est tout à fait incompatible avec notre notion de justice dans la recherche d'un crime particulier et quant à la détermination de la responsabilité civile ou criminelle réelle ou probable.

Le caractère véritable d'une commission provinciale doit être fermement ancré à un chef de compétence provinciale et elle ne peut être utilisée, directement ou indirectement, comme un moyen d'enquêter sur la responsabilité criminelle de personnes précises à l'égard d'infractions précises.

De par son caractère véritable, il s'agissait d'un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire sur une infraction précise reprochée à l'une ou l'autre des personnes désignées. Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes presque identiques à ceux de la disposition correspondante du *Code criminel*; de plus, les conclusions du commissaire constitueraient en réalité une preuve *prima facie* contre les personnes nommément désignées. L'enquête sur des fonctionnaires publics serait accessoire à l'objet principal du mandat du commissaire, parce qu'elle est définie en fonction de leurs rapports avec Starr ou Tridel Corporation Inc.

Il n'y avait aucun objet plus général qui différencierait l'enquête d'un substitut d'enquête policière. Le mandat ne mentionne pas l'examen de l'ensemble du système qui régit le comportement des fonctionnaires publics envers les organismes de charité en particulier ou envers tous les autres. En réalité, bien que des fonctionnaires publics soient visés par l'enquête, l'investigation de leurs agissements dépend de ce qu'ils ont eu ou n'ont pas eu de relations d'affaires avec les deux personnes nommément désignées, qui ni l'une ni l'autre ne sont des fonctionnaires publics.

L'enquête n'est pas ancrée aux par. 92(4), (7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Rien dans le mandat ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête n'indique qu'elle visait à rétablir la confiance

confidence in the integrity and institutions of government or to review the regime governing the conduct of public officials. Any such objectives were clearly incidental to the central feature of the inquiry, which was the investigation and the making of findings of fact in respect of named individuals in relation to a specific criminal offence.

The Commissioner, while specifically prevented from making a determination of criminal responsibility, could nevertheless do so by implication. A finding of intent, once the findings of fact are made regarding the existence of dealings and benefits, is almost an irresistible inference. It is a reasonable inference that persons can be presumed to have intended the natural consequences of their acts. The Commissioner need not make findings of guilt in the true sense of the word for the inquiry to be *ultra vires* the province. It suffices if the inquiry is in effect a substitute police investigation and preliminary inquiry into a specific allegation of criminal conduct by named, private citizens. The investigation the Commissioner is asked to undertake, and the findings of fact he will make as a result of his investigation, place him in a similar position as a judge conducting a preliminary inquiry under s. 535 of the *Criminal Code*. In essence the inquiry is entering into the preliminary stages of the judicial criminal process by taking evidence, determining its sufficiency and ultimately deciding whether a *prima facie* case exists against either or both Starr and Tridel Corporation Inc.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The constitutional validity of the inquiry, from a division of powers standpoint, was not displaced by the facts that two private individuals were named, that there was a striking resemblance between the terms of reference and s. 121(1)(b) of the *Criminal Code*, and that a police investigation was being conducted concurrently with it. This conclusion is urged by the context in which this inquiry was ordered and its scope, the terms of the Order in Council, and the previous decisions of this Court.

The profound concern about alleged improprieties against government officials and employees extended far beyond the appellants and provided the necessary framework of the Commission's mandate.

Both the legislation under which the Commission was authorized and the Order in Council itself are *intra vires* the province. Four separate heads of power anchor the provincial interest: (1) s. 92(4): the establishment and

en l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis. Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise.

Bien qu'il lui soit expressément interdit de se prononcer sur la responsabilité criminelle, le commissaire pourrait néanmoins le faire implicitement. La conclusion à l'existence de l'intention, après les conclusions de fait tirées relativement à l'existence de relations d'affaires et d'avantages, est presque une conclusion nécessaire. On peut raisonnablement conclure qu'une personne avait l'intention que se réalisent les conséquences normales de ses actes. Il n'est pas nécessaire que le commissaire tire des conclusions sur la culpabilité, au sens véritable du terme, pour que l'enquête excède les pouvoirs de la province. Il suffit que l'enquête soit de fait un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire relativement à une allégation précise de perpétration d'infractions criminelles par des personnes nommément désignées. L'enquête dont est chargé le commissaire et les constatations de fait qu'il fera après son enquête le placent dans la situation d'un juge procédant à une enquête préliminaire en vertu de l'art. 535 du *Code criminel*. Essentiellement, l'enquête entame les stades préliminaires du processus judiciaire en matière criminelle en recueillant des éléments de preuve, en déterminant s'ils sont suffisants et enfin en décidant s'il existe une preuve *prima facie* contre Starr, contre Tridel Corporation Inc., ou contre les deux.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Du point de vue du partage des pouvoirs, la constitutionnalité de l'enquête n'est pas écartée par la mention des noms de deux personnes, par la ressemblance frappante entre les termes du mandat et l'al. 121(1)(b) du *Code criminel* et la tenue parallèle d'une enquête policière. Cette conclusion découle nécessairement du contexte dans lequel l'enquête a été ordonnée ainsi que de sa portée, des termes mêmes du décret et de la jurisprudence de notre Cour.

L'inquiétude profonde suscitée par les irrégularités reprochées à des fonctionnaires et employés du gouvernement allait bien au-delà des appelants et fournissait le cadre nécessaire au mandat de la Commission.

Les dispositions législatives autorisant la création de la Commission et le décret lui-même relèvent de la compétence de la province. L'intérêt provincial repose sur quatre chefs de compétence distincts: (1) le par.

tenure of provincial offices and the appointment of provincial officers; (2) s. 92(7): the establishment, maintenance, and management of charities; (3) s. 92(14): the administration of justice within the province; and (4) s. 92(16) matters of a merely local or private nature in the province. No head of power, however, supports a federal inquiry to investigate the conduct of provincial government officials.

The Commission's terms of reference are broad and encompass a great number of individuals, corporations, and public officials. The wording, which is standard for commissions of inquiry, neither refers to nor duplicates the *Criminal Code* or any other federal statute. Reference to specific individuals only provides a necessary frame of reference so that the Commission can properly define its function. The sole fact that individuals are named cannot render the Order in Council constitutionally infirm.

The terms of reference do not invade the federal criminal law power, notwithstanding its similarities to s. 121 of the *Criminal Code*. Indeed any resemblance is immaterial. Section 121 serves as a prohibition carrying potential penal consequences. The terms of reference serve only to define the scope of an investigation which is expressly prohibited from making criminal findings. An otherwise constitutional provincial inquiry cannot be barred absolutely by the possibility of subsequent prosecution.

Functional and practical differences exist between commissions of inquiry and the criminal law processes of preliminary inquiries or laying of informations. The latter are clearly incidental to criminal prosecution. Specific individuals are targeted for the express and exclusive purpose of indicting them. Commissions of inquiry perform a different role. They may, as here, name an individual for the purposes of identifying the general investigative objective of the inquiry and of defining its scope.

Regardless of how closely the terms of reference parallel s. 121 of the *Criminal Code*, it is the purpose and effect rather than the strict enabling language of the Commission that must be considered. The powers conferred upon this commission do not carry penal consequences. The fear of provincial incursion into a strictly federal sphere never comes into play here.

92(4): la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux; (2) le par. 92(7): l'établissement, l'entretien et l'administration des institutions et hospices de charité; (3) le par. 92(14): l'administration de la justice dans la province; et (4) le par. 92(16): les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Toutefois, aucun chef de compétence ne justifie une enquête fédérale sur la conduite de fonctionnaires d'un gouvernement provincial.

Le mandat de la Commission est large et vise un grand nombre de personnes, de sociétés et de fonctionnaires publics. La formule, qui est standard pour les commissions d'enquête, ne fait pas référence au *Code criminel* ni à une autre loi fédérale, ni ne les reproduit. La mention de certaines personnes en particulier fournit seulement un cadre de référence nécessaire de manière à permettre à la Commission de bien définir son rôle. Le seul fait que le nom de certaines personnes y soit mentionné ne peut rendre le décret inconstitutionnel.

Le mandat n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel, en dépit de sa similitude avec l'art. 121 du *Code criminel*. En fait, toute similitude est non pertinente. L'article 121 comporte une interdiction dont la violation peut avoir des conséquences pénales. Le mandat sert uniquement à définir la portée d'une enquête dans laquelle des conclusions de nature criminelle sont expressément interdites. La possibilité de poursuites ultérieures ne peut constituer un obstacle absolu à une enquête provinciale qui, par ailleurs, serait constitutionnelle.

Des différences fonctionnelles et pratiques existent entre une commission d'enquête et les procédures de droit criminel en matière d'enquêtes préliminaires ou de dénonciations. Ces dernières procédures sont clairement accessoires aux poursuites criminelles. Des personnes précises sont visées dans le but exprès et exclusif d'une mise en accusation. Les commissions d'enquête jouent un rôle différent. Elles peuvent, comme en l'espèce, désigner nommément une personne aux fins d'identifier l'objectif général de l'enquête et définir sa portée.

Peu importe le degré de ressemblance entre le mandat et l'art. 121 du *Code criminel*, ce sont l'objet et l'effet plutôt que les termes stricts des dispositions habilitant la Commission qu'il faut considérer. Les pouvoirs conférés à cette commission n'entraînent pas de conséquences pénales. La crainte d'un empiètement provincial dans un domaine strictement fédéral est sans fondement en l'espèce.

Several aspects of the inquiry, such as the naming of individuals, the use of language resembling a *Criminal Code* provision, or a concurrent police investigation, are all independently *intra vires*. "Stacking" them to define the scope of the inquiry does not amount to an invasion of the criminal law power. Such a principle of superimposition does not exist and, even if it did, would not properly apply to commissions of inquiry. More is required in order to affix the label of unconstitutionality to an otherwise *intra vires* proceeding. Here nothing short of a criminal investigation would do, and that is not what this inquiry is all about.

The remote and latent risk of "colourability" should not impede legitimate provincial objectives. The task of complying with the prohibition against drawing conclusions as to responsibility, criminal or civil, is not impossible. The presumption ought to be in favour of validity.

This commission is not a substitute police investigation and preliminary inquiry into a specific allegation of criminal conduct by named, private citizens; the coercive component is entirely different and there is no threat of incarceration. There is no *lis* between the state and accused persons; there are no accused. Indeed, the only thing that this commission of inquiry is definitively prohibited from doing is expressing any conclusion of law regarding the civil or criminal responsibility of any individual or organization.

The constitutionality of this inquiry is supported by the case law. Functionally, the Houlden Commission is indistinguishable from those commissions that withstood constitutional attack in *Faber v. The Queen, Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail, Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, and *O'Hara v. British Columbia*. The semantic arguments used to distinguish the present case from this Court's precedents are not sufficient to displace the presumption of constitutional validity.

The combination of the internal limitations on the inquiry's scope and existing procedural safeguards designed to preserve fundamental justice ensures that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been infringed.

Any challenge based on ss. 7, 11 and 13 of the *Charter* is inapposite because of the non-trial nature of the inquiry.

Plusieurs aspects de l'enquête, comme le fait de donner les noms de certaines personnes, l'utilisation d'un texte qui ressemble à celui d'une disposition du *Code criminel* ou la tenue parallèle d'une enquête policière, sont tous, pris séparément, *intra vires*. Les « additionner » pour définir la portée de l'enquête ne constitue pas un empiètement sur la compétence en matière de droit criminel. Un tel principe de superposition n'existe pas et, même s'il existait, il n'y aurait pas lieu de l'appliquer aux commissions d'enquête. Il faut beaucoup plus pour apposer une étiquette d'inconstitutionnalité à une procédure qui, par ailleurs, est *intra vires*. En l'espèce, rien de moins qu'une enquête criminelle ne ferait l'affaire et ce n'est pas du tout ce qu'est l'enquête en cause.

Le risque lointain et latent d'une « législation déguisée » ne devrait pas faire obstacle à des objectifs provinciaux légitimes. L'interdiction de tirer des conclusions quant à la responsabilité criminelle ou civile n'est pas une tâche impossible. La présomption devrait jouer en faveur de la validité.

Cette commission n'est pas un substitut d'enquête policière et d'enquête préliminaire sur une allégation précise de conduite criminelle de la part de particuliers nommément désignés; la composante coercitive est entièrement différente et il n'y a aucune menace d'incarcération. Il n'y a aucun litige opposant l'État et des accusés; il n'y a pas d'accusés. En réalité, la seule chose que cette commission d'enquête ne peut absolument pas faire est de formuler une conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle d'une personne ou d'un organisme.

La jurisprudence appuie la constitutionnalité de l'enquête. D'un point de vue fonctionnel, la Commission Houlden ne peut être distinguée des commissions dont la constitutionnalité était contestée dans les arrêts *Faber c. La Reine, Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal, Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)* et *O'Hara c. Colombie-Britannique*. Les arguments de sémantique invoqués pour établir une distinction entre cette affaire et les arrêts précédents de notre Cour ne sont pas suffisants pour écarter la présomption de constitutionnalité.

La combinaison des restrictions internes imposées à la portée de l'enquête, avec les garanties procédurales en vigueur destinées à assurer le respect de la justice fondamentale, fait en sorte qu'il n'y a pas d'atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Toute contestation fondée sur les art. 7, 11 et 13 de la *Charte* est inappropriée parce que l'enquête n'est pas un procès.

The right to life, liberty, and security of the person is not infringed in a manner contrary to fundamental justice for much the same reason that the Commission is *intra vires* the province. The alleged infringement of s. 7 cannot be sustained as the Commission is solely a recommendatory and not an adjudicative body. Determinations as to guilt or innocence, or civil or criminal liability, are specifically excluded from its functional description. Any prospective threat to liberty, therefore, is purely speculative. Given compliance with the principles of fundamental justice, the rights set out in s. 7 of the *Charter* would be unduly extended if state-linked stress, anxiety, or threat to reputation were found to violate the security of the person when an individual is not charged or accused.

Section 11(c) of the *Charter* preserves the non-compellability of an accused, while the other use-immunity provisions prevent testimony compelled in any proceedings from being used to incriminate the witness in any subsequent civil or criminal proceedings. The invocation of these protective provisions is premature. The mere fact that some subsequent criminal proceeding may take place is far too fragile a hook on which to hang a *Charter* violation.

Cases Cited

By Lamer J.

Considered: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Cock v. Attorney-General* (1909), 28 N.Z.L.R. 405; **referred to:** *Attorney-General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Taxation Reference)*, [1939] A.C. 117; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Re Commission of Inquiry Concerning Certain*

Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne n'est pas violé d'une manière contraire à la justice fondamentale pour essentiellement la même raison que la Commission relève de la compétence de la province. On ne peut soutenir qu'il y a eu violation de l'art. 7 car la Commission est uniquement un organisme doté d'un pouvoir de recommandation et non de décision. Les décisions sur la culpabilité ou l'innocence, la responsabilité civile ou criminelle, sont expressément exclues de la description de ses fonctions. Toute possibilité de menace à la liberté est donc pure spéculation. Tant que sont observés les principes de justice fondamentale, ce serait élargir indûment les droits énoncés à l'art. 7 de la *Charte* que de conclure que la pression, l'anxiété ou la menace d'une atteinte à la réputation, liées à des mesures prises par l'État, violent la sécurité de la personne lorsque celle-ci n'est pas accusée.

L'alinéa 11c) de la *Charte* garantit à un accusé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même alors que les autres dispositions relatives à l'immunité interdisent l'utilisation d'un témoignage présenté dans une autre procédure pour incriminer le témoin dans une procédure civile ou criminelle subséquente. Il est prématuré d'invoquer ces dispositions protectrices. Le simple fait que des procédures criminelles peuvent être engagées par la suite est une assise beaucoup trop fragile pour ancrer une violation de la *Charte*.

f Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts examinés: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Cock v. Attorney-General* (1909), 28 N.Z.L.R. 405; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Taxation Reference)*, [1939] A.C. 117; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Re Commission of Inquiry Concerning*

Activities of the Royal Canadian Mounted Police (1978), 94 D.L.R. (3d) 365; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *R. v. Nixon*, British Columbia Supreme Court, October 6, 1989, Vancouver No. CC890587; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d), 12, 13, 14.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(4), (7), (13), (14), (16).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 119, 121, 535, 548.
Election Finances Reform Act, R.S.O. 1980, c. 134.
Members' Conflict of Interest Act, 1988, S.O. 1988, c. 17, s. 14.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411, ss. 1 to 11.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Report 13. *Report on Advisory and Investigatory Commissions*. Ottawa: Law Reform Commission, 1979.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Administrative Law: Commissions of Inquiry*. Ottawa: Law Reform Commission, 1977.
 Christie, Innis and Paul Pross. *Introduction to Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswells, 1990.
 Grange, Samuel. "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?" (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Le Dain, Gerald E. "The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System", in Jacob S. Ziegel (ed.), *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 1973.
 Lockwood, Thomas J. "A History of Royal Commissions" (1967), 5 *Osgoode Hall L.J.* 172.
 Macdonald, R. A. "The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law" (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366.
 MacKay, A. Wayne. "Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry" (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 29.
 Maillet, Lise. *Provincial Royal Commissions and Commissions of Inquiry, 1867-1982: A Selective Bibliography*. Ottawa: National Library of Canada, 1986.

Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (1978), 94 D.L.R. (3d) 365; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *R. v. Nixon*, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 6 octobre 1989, Vancouver n° CC890587; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11c, d), 12, 13, 14.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 119, 121, 535, 548.
Election Finances Reform Act, R.S.O. 1980, ch. 134.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(4), (7), (13), (14), (16).
Loi de 1988 sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée, L.O. 1988, ch. 17, art. 14.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5(2).
Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411, art. 1 à 11.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Droit administratif: Les commissions d'enquête*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1977.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1979.
 Christie, Innis and Paul Pross. *Introduction to Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswells, 1990.
 Grange, Samuel. «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?» (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Le Dain, Gerald E. «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System», in Jacob S. Ziegel (ed.), *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 1973.
 Lockwood, Thomas J. «A History of Royal Commissions» (1967), 5 *Osgoode Hall L.J.* 172.
 Macdonald, R. A. «The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law» (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366.
 MacKay, A. Wayne. «Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry» (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 29.

Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard. Official Report of Debates*. Second Session, 34th Parliament. Toronto: Legislative Assembly of Ontario, 1989.

Sellar, Watson. "A Century of Commissions of Inquiry" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 71 O.R. (2d) 161, 64 D.L.R. (4th) 285, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1989), 70 O.R. (2d) 408, 62 D.L.R. (4th) 702. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

A. M. Cooper, Q.C., and *Peter West*, for the appellant Patricia Starr.

Earl A. Cherniak, Q.C., *Mary Anne Sanderson* and *Martin I. Applebaum, Q.C.*, for the appellant Tridel Corporation Inc.

Alan D. Gold, for the appellant Mario Giampietri.

Gina S. Brannan, for the appellant Gordon Ashworth.

John W. Brown, Q.C., *Kathryn N. Feldman* and *J. A. Prestage*, for the respondent The Honourable Mr. Justice Lloyd W. Houlden, Commissioner.

Dennis R. O'Connor, Q.C., and *Freya J. Kristjanson*, for the respondent the Government of Ontario.

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

LAMER J.—

I. Facts

This appeal raises constitutional issues dealing with both the division of powers between the federal and provincial levels of government and with the rights of individuals under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the context of a public inquiry established by the province of Ontario.

Maillet, Lise. *Commissions royales provinciales et commissions d'enquête, 1867-1982: Bibliographie sélective*. Ottawa: Bibliothèque nationale du Canada, 1986.

^a Ontario. Legislative Assembly of Ontario. *Hansard. Official Report of Debates*. Second Session, 34th Parliament. Toronto: Legislative Assembly of Ontario, 1989.

Sellar, Watson. «A Century of Commissions of Inquiry» (1947), 25 *R. du B. can.* 1.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 71 O.R. (2d) 161, 64 D.L.R. (4th) 285, rejetant l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire (1989), 70 O.R. (2d) 408, 62 D.L.R. (4th) 702. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

A. M. Cooper, c.r., et *Peter West*, pour l'appelante Patricia Starr.

^d *Earl A. Cherniak, c.r.*, *Mary Anne Sanderson* et *Martin I. Applebaum, c.r.*, pour l'appelante Tridel Corporation Inc.

^e *Alan D. Gold*, pour l'appellant Mario Giampietri.

Gina S. Brannan, pour l'appelant Gordon Ashworth.

^f *John W. Brown, c.r.*, *Kathryn N. Feldman* et *J. A. Prestage*, pour l'intimé l'honorable juge Lloyd W. Houlden, commissaire.

^g *Dennis R. O'Connor, c.r.*, et *Freya J. Kristjanson*, pour l'intimé le gouvernement de l'Ontario.

^h Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE LAMER—

I. Les faits

ⁱ Le présent pourvoi soulève des questions constitutionnelles touchant le partage des pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial et les droits de certaines personnes en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le contexte d'une enquête publique instituée par la province de l'Ontario.

Patricia Starr was the President and Chairperson of the Board of the Toronto section of the National Council of Jewish Women in Canada, a registered charitable organization. A number of newspaper articles, specifically one appearing in the *Globe & Mail* on February 15, 1989, alleged that Ms. Starr made contributions from the coffers of the charity to political parties. The article also referred to an association between Ms. Starr and Tridel Corporation Inc., a real estate development corporation. Allegations and speculation about the relationship between Ms. Starr, the charity and various public officials, elected and unelected, continued to mount both in the media and in the Legislative Assembly. As a result, a number of investigations were instituted by the province, including ones by the Commission on Election Finances to look into possible breaches of the *Election Finances Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 134, the Conflict of Interest Commissioner to look into conflicts of interest regarding members of the Legislature and one by the Ontario Provincial Police into possible breaches of the criminal law or any other provincial statute. These were announced by the Attorney General, as acting Solicitor General, on June 12, 1989.

On June 22, 1989, Gordon Ashworth, the Executive Director of the Premier's Office, resigned his position after revealing that in September of 1987 Ms. Starr had arranged for his family to receive a new refrigerator and to have their house painted at no cost to himself. The next day, June 23, 1989, the Premier announced that he ordered a public inquiry into the facts surrounding the relationships between Patricia Starr, any person or corporation she may have acted for, including Tridel, and any elected and appointed officials, including Gordon Ashworth. I quote the following excerpts from the Premier's statement on that day:

The recent allegations are deeply disturbing and profoundly worrisome. I am very troubled by this situation and I think that it is essential that there be an immediate and independent public inquiry to get to the bottom of it.

Patricia Starr était présidente du conseil d'administration de la section de Toronto du Conseil national des femmes juives du Canada, un organisme de charité enregistré. Un certain nombre d'articles de journaux, particulièrement celui paru dans le *Globe & Mail* du 15 février 1989, ont allégué que M^{me} Starr avait fait des contributions à des partis politiques sur les fonds de l'organisme de charité. L'article mentionnait également des liens entre M^{me} Starr et Tridel Corporation Inc., une société de promotion immobilière. Les allégations et les spéculations concernant les rapports entre M^{me} Starr, l'organisme de charité et divers fonctionnaires publics, élus et non élus, se sont faites de plus en plus nombreuses dans les médias et à l'Assemblée législative. C'est pour cela que la province a institué plusieurs enquêtes, dont celle de la Commission sur le financement des élections pour examiner les violations possibles à l'*Election Finances Reform Act*, R.S.O. 1980, ch. 134, celle du commissaire sur les conflits d'intérêt pour examiner des conflits d'intérêt relatifs aux députés de l'Assemblée législative et celle de la Police provinciale de l'Ontario sur des infractions possibles au droit criminel ou à toute autre loi provinciale. Elles ont été annoncées le 12 juin 1989 par le procureur général agissant à titre de solliciteur général par intérim.

Le 22 juin 1989, Gordon Ashworth, directeur général du bureau du premier ministre, a démissionné de son poste après avoir révélé que, en septembre 1987, M^{me} Starr avait pris des dispositions pour que sa famille reçoive un réfrigérateur neuf et que leur maison soit repeinte gratuitement. Le lendemain, le 23 juin 1989, le premier ministre a annoncé qu'il avait ordonné la tenue d'une enquête publique sur les faits entourant les rapports entre Patricia Starr, toute personne ou société dont elle a pu être mandataire, y compris Tridel, et tout fonctionnaire public élu et nommé, y compris Gordon Ashworth. Je cite les extraits suivants de la déclaration que le premier ministre a prononcée ce jour-là:

[TRADUCTION] Les récentes allégations sont extrêmement troublantes et profondément inquiétantes. Cette situation me préoccupe beaucoup et je crois qu'il est essentiel qu'une enquête publique indépendante fasse immédiatement toute la lumière.

I am determined that in the carrying out of this inquiry, that no stone be left unturned, that every lead be followed up on, that every allegation be thoroughly and exhaustively investigated until all of the facts have been laid bare before us.

Nothing is more important than the public trust. I will do everything in my power to ensure that it is protected.

I believe very strongly that the democratic system depends on the public's trust and faith in the integrity of their public officials.

Most importantly, public officials must be open to public scrutiny, and in doing so must be found to be beyond reproach, and acting in accordance with the highest ethical standards.

I am confident that this judicial inquiry will uncover those who have not functioned in this manner.

I give you my personal assurance that those whose performance has been found wanting will be discovered, those who have erred will be punished, and those who have broken the law will be prosecuted.

By Order in Council dated July 6, 1989, a commission of inquiry was appointed pursuant to the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, c. 411. The Order in Council provided for the appointment of the Honourable Mr. Justice Lloyd W. Houlden as Commissioner under the following terms of reference:

WHEREAS by an Act entitled the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, Chapter 411, it is enacted that whenever the Lieutenant Governor in Council considers it expedient to cause inquiry to be made concerning any matter that he declares to be of public concern and such inquiry is not regulated by any special law, he may, by commission appoint one or more persons to conduct such inquiry and may confer the power of summoning any person and requiring him or her to give evidence [under] . . . oath and to produce such documents and things as the Commissioner or Commissioners deems requisite for the full investigation of the matters into which he or they are appointed to examine;

AND WHEREAS the Lieutenant Governor in Council considers it expedient to cause inquiry to be made into the matter hereinafter set out which he declares to be of public concern;

J'estime essentiel, dans le cadre de cette enquête, que tout soit fait, que toutes les pistes soient suivies, que toute allégation soit minutieusement examinée jusqu'à ce que tous les faits nous aient été présentés de façon claire.

Rien n'est plus important que la confiance du public. Je ferai tout ce qui est en mon pouvoir pour veiller à ce qu'elle soit protégée.

Je crois très fermement que le système démocratique dépend de la confiance et de la foi du public dans l'intégrité des fonctionnaires publics.

Il est extrêmement important que les fonctionnaires publics puissent faire l'objet d'un examen public, et démontrer ainsi qu'ils sont sans reproche et qu'ils agissent conformément aux normes de conduite les plus élevées.

Je suis convaincu que cette enquête judiciaire permettra de démasquer ceux qui ne l'ont pas fait.

Je vous assure personnellement que ceux dont la conduite sera jugée insatisfaisante seront découverts, ceux qui ont commis des erreurs seront punis et ceux qui n'ont pas respecté la loi seront poursuivis.

Par décret du 6 juillet 1989, une commission d'enquête a été établie en application de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411. Le décret prévoyait la nomination de l'honorable juge Lloyd W. Houlden à titre de commissaire ayant le mandat suivant:

[TRADUCTION] ATTENDU que la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, prévoit que lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil juge qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'une enquête sur toute question qu'il déclare sujet d'intérêt public et que cette enquête n'est régie par aucune loi spéciale, il peut, par commission, nommer une ou plusieurs personnes pour effectuer cette enquête et peut conférer les pouvoirs d'assigner toute personne à témoigner sous serment et à produire les documents et les objets que le ou les commissaires jugent nécessaires à l'examen complet des questions qu'ils sont chargés d'examiner;

ATTENDU que le lieutenant-gouverneur en conseil juge qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'une enquête sur la question mentionnée ci-après qu'il déclare sujet d'intérêt public;

AND THEREFORE, pursuant to the said *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, Chapter 411, a Commission be issued appointing the Honourable Justice Lloyd W. Houlden who is, without expressing any conclusion of law regarding the civil or criminal responsibility of any individual or organization:

- 1) to investigate:
 - (i) the nature and extent of the dealings between Patricia Starr and elected and unelected public officials;
 - (ii) the nature and extent of the dealings between Patricia Starr and private individuals, corporations, unincorporated bodies and charities in relation to elected and unelected public officials;
 - (iii) the nature and extent of the dealings between Tridel Corporation; companies related to Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of companies related to Tridel Corporation, and elected and unelected public officials;
 - (iv) the nature and extent of the dealings between Tridel Corporation; companies related to Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of companies related to Tridel Corporation and private individuals, corporations, unincorporated bodies and charities in relation to elected and unelected public officials.
- 2) to inquire into and report upon any such circumstances or dealings where, in the opinion of the Commissioner, there is sufficient evidence that a benefit, advantage or reward of any kind was conferred upon an elected or unelected public official or upon any member of the family of any elected or unelected public official, or where, in the opinion of the Commissioner, there is sufficient evidence that there was [an] . . . agreement or attempt to confer a benefit, advantage or reward of any kind upon an elected or unelected public official or upon any member of the family of an elected or unelected public official.

AND THAT nothing set out above shall be taken as in any way limiting the right of the Commissioner to petition the Lieutenant Governor in Council to expand the terms of reference to cover any matter that he may deem necessary as a result of information coming to his attention during the course of the investigation or inquiry,

AND THAT all Government Ministries, Boards, Agencies and Commissions shall assist the Commissioner to

PAR CONSÉQUENT, aux termes de ladite *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, une commission est délivrée pour nommer le juge Lloyd W. Houlden qui devra, sans formuler de conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle d'une personne ou d'un organisme:

- 1) enquêter sur les questions suivantes:
 - (i) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Patricia Starr et des fonctionnaires publics élus et non élus;
 - (ii) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Patricia Starr et des personnes, sociétés, personnes morales et organismes de charité en rapport avec des fonctionnaires publics élus et non élus;
 - (iii) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Tridel Corporation, les sociétés liées à Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres de Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres des sociétés liées à Tridel Corporation et des fonctionnaires publics élus et non élus;
 - (iv) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Tridel Corporation, les sociétés liées à Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres de Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres des sociétés liées à Tridel Corporation et les personnes, sociétés, personnes morales et organismes de charité en relation avec des fonctionnaires publics élus et non élus.
- 2) faire enquête et rapport sur toutes ces circonstances ou relations d'affaires si, à son avis, il est établi qu'un bénéfice, avantage ou récompense quelconque a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu ou à un membre de sa famille ou si, à son avis, il est établi qu'il existait une entente ou une tentative visant à conférer un bénéfice, un avantage ou une récompense quelconque à un fonctionnaire public élu ou non élu ou à un membre de sa famille.

Rien de ce qui a été énoncé précédemment ne doit être interprété de manière à limiter le droit du commissaire de demander au lieutenant-gouverneur en conseil d'élargir son mandat à toute question qu'il pourrait juger nécessaire d'examiner par suite d'un renseignement porté à son attention au cours de l'enquête.

Tous les ministères du gouvernement, les organismes, les agences et les commissions doivent fournir toute l'aide

the fullest extent in order that he may carry out his duties and functions, and that he shall have authority to engage such counsel, investigators and other staff as he deems it proper at rates of remuneration and reimbursement to be approved by the Management Board of Cabinet in order that a complete and comprehensive report may be prepared and submitted to the Government,

AND THAT the Ministry of the Attorney General will be responsible for providing administrative support to the Inquiry,

AND THAT Part III of the said *Public Inquiries Act* be declared to apply to the aforementioned Inquiry.

The inquiry started on September 18, 1989. An application by Rogers Cable Television to broadcast the proceedings in their entirety was granted, although it was opposed by the appellants. After an opening statement by the Commissioner, he was asked, but refused, to state a case dealing with the competence of the province to establish the inquiry and its potential effects on individual rights at common law and under the *Charter*. The Divisional Court of Ontario was asked by the appellants, pursuant to s. 6 of the *Public Inquiries Act*, to direct the Commissioner to state a case. The Divisional Court heard the application and determined the case on its merits, dismissing the application. Leave to appeal was granted by the Court of Appeal for Ontario. The Commissioner stayed the proceedings of the inquiry after leave to appeal to the Court of Appeal was granted. The Court of Appeal dismissed the appeal. Leave to appeal was granted by this Court on January 26, 1990.

II. Legislation

Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411, ss. 1 to 11

1. In this Act,

- (a) "commission" means the one or more persons appointed to conduct an inquiry under this Act;
- (b) "inquiry" means an inquiry under this Act.

possible au commissaire dans l'exercice de ses fonctions et l'accomplissement de son mandat; le commissaire a le pouvoir d'engager les avocats, enquêteurs et autres employés qu'il juge à propos, au taux de rémunération et de remboursement autorisé par le Bureau de gestion du Cabinet, afin de préparer et de présenter au gouvernement un rapport complet et détaillé.

Le ministère du Procureur général est chargé de fournir le soutien administratif à l'enquête.

La partie III de la *Loi sur les enquêtes publiques* est déclarée s'appliquer à l'enquête mentionnée précédemment.

L'enquête a débuté le 18 septembre 1989. Malgré l'opposition des appelants, la demande de télédiffusion de l'ensemble des procédures, présentée par Rogers Cable Television, a été accueillie. Après la déclaration d'ouverture du commissaire, on lui a demandé de soumettre un exposé de cause sur la compétence de la province d'instituer l'enquête et ses effets possibles sur les droits de la personne en common law et aux termes de la *Charte*; le commissaire a refusé. Les appelants ont demandé à la Cour divisionnaire de l'Ontario, en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur les enquêtes publiques*, d'ordonner au commissaire de soumettre un exposé de cause. La Cour divisionnaire a entendu la demande et a rendu sa décision sur le fond, rejetant la demande. L'autorisation d'interjeter appel a été accordée par la Cour d'appel de l'Ontario. Le commissaire a suspendu les procédures de l'enquête après que l'autorisation d'appel à la Cour d'appel eut été accordée. La Cour d'appel a rejeté l'appel. Notre Cour a autorisé le pourvoi le 26 janvier 1990.

II. Les textes législatifs

Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411, art. 1 à 11

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

«commission» La personne ou les personnes nommées pour effectuer une enquête en vertu de la présente loi. («commission»)

«enquête» Enquête effectuée en vertu de la présente loi. («inquiry»)

PART I

2. Whenever the Lieutenant Governor in Council considers it expedient to cause inquiry to be made concerning any matter connected with or affecting the good government of Ontario or the conduct of any part of the public business thereof or of the administration of justice therein or that he declares to be a matter of public concern and the inquiry is not regulated by any special law, he may, by commission, appoint one or more persons to conduct the inquiry.

3. Subject to sections 4 and 5, the conduct of and the procedure to be followed on an inquiry is under the control and direction of the commission conducting the inquiry.

4. All hearings on an inquiry are open to the public except where the commission conducting the inquiry is of the opinion that,

(a) matters involving public security may be disclosed at the hearing; or

(b) intimate financial or personal matters or other matters may be disclosed at the hearing that are of such a nature, having regard to the circumstances, that the desirability of avoiding disclosure thereof in the interest of any person affected or in the public interest outweighs the desirability of adhering to the principle that hearings be open to the public,

in which case the commission may hold the hearing concerning any such matters *in camera*.

5.—(1) A commission shall accord to any person who satisfies it that he has a substantial and direct interest in the subject-matter of its inquiry an opportunity during the inquiry to give evidence and to call and examine or to cross-examine witnesses personally or by his counsel on evidence relevant to his interest.

(2) No finding of misconduct on the part of any person shall be made against him in any report of a commission after such an inquiry unless that person had reasonable notice of the substance of the misconduct alleged against him and was allowed full opportunity during the inquiry to be heard in person or by counsel.

6.—(1) Where the authority to appoint a commission under this Act or the authority of a commission to do any act or thing proposed to be done or done by the commission in the course of its inquiry is called into question by a person affected, the commission may of its own motion or upon the request of such person state a case in writing to the Divisional Court setting forth the material facts and the grounds upon which the authority to appoint the commission or the authority of the commission to do the act or thing are questioned.

PARTIE I

2 Lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil juge qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'une enquête sur une question intéressant la bonne administration de l'Ontario, la conduite des affaires publiques ou l'administration de la justice dans la province, ou sur une question qu'il déclare sujet d'intérêt public, et lorsqu'une telle enquête n'est régie par aucune loi spéciale, il peut, par commission, nommer une ou plusieurs personnes pour effectuer cette enquête.

3 Sous réserve des articles 4 et 5, la commission chargée de l'enquête en fixe elle-même le déroulement ainsi que la procédure.

4 Toutes les audiences tenues dans le cadre de l'enquête sont ouvertes au public, sauf lorsque, de l'avis de la commission:

a) des questions intéressant la sécurité publique pourraient être révélées à l'audience;

b) des questions financières ou personnelles de nature intime ou d'autres questions pourraient être révélées à l'audience, qui sont telles qu'eu égard aux circonstances, l'avantage qu'il y a à ne pas les révéler dans l'intérêt de la personne concernée ou dans l'intérêt public l'emporte sur le principe de la publicité des audiences.

Dans l'un ou l'autre cas, la commission peut entendre ces questions à huis clos.

5 (1) La commission donne à la personne qui la convainc qu'elle a un intérêt important et direct dans l'objet de l'enquête, la possibilité, au cours de celle-ci, de témoigner, d'appeler, d'interroger ou de contre-interroger des témoins, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un avocat, sur les dépositions se rapportant à son intérêt.

(2) La commission ne doit pas constater, dans son rapport, l'inconduite d'une personne sans que celle-ci ait reçu un avis suffisant de la nature de l'inconduite qui lui est reprochée et sans qu'elle ait eu pleinement la possibilité d'être entendue au cours de l'enquête, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat.

6 (1) Si une personne concernée conteste la compétence de l'autorité qui constitue une commission en vertu de la présente loi, ou la compétence de la commission pour accomplir un acte qu'elle a accompli ou se propose d'accomplir dans le cours de l'enquête, la commission peut, de sa propre initiative ou à la demande de cette personne, soumettre à la Cour divisionnaire un exposé de cause portant sur les faits substantiels et sur les motifs de contestation de la compétence de l'autorité qui constitue la commission ou de la compétence de la commission pour accomplir cet acte.

(2) If the commission refuses to state a case under subsection (1), the person requesting it may apply to the Divisional Court for an order directing the commission to state such a case.

(3) Where a case is stated under this section, the Divisional Court shall hear and determine in a summary manner the question raised.

(4) Pending the decision of the Divisional Court on a case stated under this section, no further proceedings shall be taken by the commission with respect to the subject-matter of the stated case but it may continue its inquiry into matters not in issue in the stated case.

PART II

7.—(1) A commission may require any person by summons,

(a) to give evidence on oath or affirmation at an inquiry; or

(b) to produce in evidence at an inquiry such documents and things as the commission may specify, relevant to the subject-matter of the inquiry and not inadmissible in evidence at the inquiry under section 11.

(2) A summons issued under subsection (1) shall be in Form 1 and shall be served personally on the person summoned and he shall be paid at the time of service the like fees and allowances for his attendance as a witness before the commission as are paid for the attendance of a witness summoned to attend before the Supreme Court.

8. Where any person without lawful excuse,

(a) on being duly summoned under section 7 as a witness at an inquiry, makes default in attending at the inquiry; or

(b) being in attendance as a witness at an inquiry, refuses to take an oath or to make an affirmation legally required by the commission to be taken or made, or to produce any document or thing in his power or control legally required by the commission to be produced to it, or to answer any question to which the commission may legally require an answer; or

(c) does any other thing that would, if the commission had been a court of law having power to commit for contempt, have been contempt of that court, . . .

9.—(1) A witness at an inquiry shall be deemed to have objected to answer any question asked him upon

(2) Si la commission refuse de soumettre un exposé de cause dans les conditions prévues au paragraphe (1), la personne qui en fait la demande peut présenter à la Cour divisionnaire une requête en vue d'obliger, par ordonnance, la commission à le faire.

(3) En cas d'exposé de cause soumis en vertu du présent article, la Cour divisionnaire instruit le point litigieux selon une procédure sommaire.

(4) En attendant la décision de la Cour divisionnaire sur l'exposé de cause soumis en vertu du présent article, la commission suspend tous les travaux se rapportant à la question faisant l'objet de l'exposé de cause, mais elle peut poursuivre son enquête à l'égard des questions qui n'intéressent pas celui-ci.

PARTIE II

7 (1) La commission peut, par assignation, sommer toute personne:

a) de donner, sous serment ou par affirmation solennelle, des témoignages à l'enquête;

b) de produire en preuve à l'enquête les documents et objets que la commission peut préciser,

qui sont connexes à l'objet de l'enquête et ne sont pas inadmissibles en preuve à l'enquête en vertu de l'article 11.

(2) L'assignation prévue au paragraphe (1) est rédigée selon la formule 1 et signifiée à personne à son destinataire, qui reçoit au même moment les indemnités de témoin au même titre qu'un témoin assigné à comparaître devant la Cour suprême.

8 Lorsqu'une personne, sans justification légitime:

a) ne comparait pas à l'enquête, après avoir reçu, en bonne et due forme, l'assignation prévue à l'article 7;

b) assistant comme témoin à l'enquête, refuse de prêter le serment ou de faire l'affirmation solennelle que la commission est en droit d'exiger, de produire tout document ou objet sous sa garde ou sous son contrôle et dont la commission est en droit d'exiger la production, ou de répondre à toute question à laquelle la commission est en droit d'exiger une réponse;

c) fait quelque chose qui constituerait, si la commission était un tribunal judiciaire investi du pouvoir d'incarcération pour outrage au tribunal, un outrage à ce tribunal, . . .

9 (1) Un témoin à une enquête est réputé s'être opposé à répondre à toute question qu'on lui pose, pour

the ground that his answer may tend to criminate him or may tend to establish his liability to civil proceedings at the instance of the Crown or of any person, and no answer given by a witness at an inquiry shall be used or be receivable in evidence against him in any trial or other proceedings against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

(2) A witness shall be informed by the commission of his right to object to answer any question under section 5 of the *Canada Evidence Act*.

10. A commission may admit at an inquiry evidence not given under oath or affirmation.

11. Nothing is admissible in evidence at an inquiry that would be inadmissible in a court by reason of any privilege under the law of evidence.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(b)

121. (1) Every one commits an offence who

(b) having dealings of any kind with the government, pays a commission or reward to or confers an advantage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which he deals, or to any member of his family, or to any one for the benefit of the employee or official, with respect to those dealings, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government with which he deals, the proof of which lies on him;

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(4), (7), (13) and (16)

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,—

le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à établir sa responsabilité dans une procédure civile, notamment à la demande de la Couronne. Nulle réponse donnée par un témoin au cours d'une enquête ne doit être utilisée ni être recevable en preuve contre lui dans un procès ou une instance subséquents où il sera le défendeur, sauf le cas de poursuite pour parjure relativement à cette réponse.

(2) La commission informe le témoin de son droit de s'opposer à répondre à n'importe quelle question, en vertu de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

10 La commission peut, au cours de l'enquête, admettre des témoignages qui n'ont pas été faits sous serment ou par affirmation solennelle.

11 Est inadmissible en preuve au cours d'une enquête ce qui serait inadmissible en preuve devant un tribunal judiciaire en raison d'un privilège reconnu en droit de la preuve.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 121(1)(b)

121. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou récompense ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature à un employé ou fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces relations d'affaires, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite, un consentement écrit dont la preuve lui incombe;

Loi constitutionnelle de 1867, par. 91(27), 92(4), (7), (13) et (16)

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say,—

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

13. Property and Civil Rights in the Province.

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(c) and (d) and 13

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

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

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir;

4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

7. l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

16. généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11(c) et (d) et 13

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

11. Tout inculpé a le droit:

(c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

(d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

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

III. The Judgments

The Supreme Court of Ontario, Divisional Court

The Divisional Court (1989), 70 O.R. (2d) 408, chose to hear the application for the Order directing a stated case as well as the merits of the stated case. There were three issues before the Divisional Court. They were considered by the Court in the following order, at pp. 411, 418 and 420:

1. Do the Terms of Reference violate the principles enunciated in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210?
2. Are the terms of reference unconstitutional as *ultra vires* the province and contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Can the investigation proceed as part of the inquiry or is a two-stage procedure required?

The Court began by noting that while the issues were framed in terms of the jurisdiction of the Commissioner to conduct a public inquiry under the provincial act, the underlying concern of the applicants was the balancing of the public's interest in the disclosure and exposure to the public of the conduct relevant to the good government of the province, and the due protection of the constitutional rights of the individual which might be prejudiced by the public nature of the inquiry.

The first issue required the Court to consider the principles laid down in *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210. That case dealt with a Royal Commission of Inquiry into certain mysterious baby deaths at the Hospital for Sick Children in Toronto between July 1980 and March 1981. The terms of reference of the Commission authorized the Commissioner, Grange J., without expressing "any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility" to inquire into, report on, and make recommendations with respect to how and by what means the children died, and to inquire into, determine and report on the circumstances surrounding the investigation and prosecution of the nurse who was discharged after a preliminary inquiry. In the course of the inquiry, the Commissioner stated the following question:

III. Les jugements

La Cour suprême de l'Ontario, Cour divisionnaire

La Cour divisionnaire (1989), 70 O.R. (2d) 408, a choisi d'entendre en même temps la demande d'ordonnance d'exposé de cause et les arguments sur le fond. Trois questions étaient soumises à la Cour divisionnaire. La cour les a examinées dans l'ordre suivant, aux pp. 411, 418 et 420:

^b [TRADUCTION]

1. Le mandat viole-t-il les principes énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (d) 210?
2. Le mandat est-il inconstitutionnel parce qu'il est *ultra vires* de la province et contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. La recherche peut-elle se faire dans le cadre de l'enquête publique ou faut-il une procédure en deux étapes?

^c La cour a d'abord souligné que, si les questions visaient la compétence du commissaire de tenir une enquête publique en vertu d'une loi provinciale, la préoccupation sous-jacente des requérants concernait l'équilibre entre, d'une part, l'intérêt du public dans la divulgation et la révélation de la conduite qui se rattache au bon gouvernement de la province et, d'autre part, la juste protection des droits constitutionnels de la personne qui pourrait subir un préjudice en raison de la nature publique de l'enquête.

^e Pour répondre à la première question, la cour devait examiner les principes énoncés dans l'arrêt *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210. Cette affaire traitait de l'enquête d'une commission royale sur des décès mystérieux d'enfants entre juillet 1980 et mars 1981 à l'Hôpital des Enfants malades de Toronto. Le mandat de la Commission autorisait le commissaire, le juge Grange, sans qu'il formule [TRADUCTION] «de conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle», à enquêter, à faire un rapport et des recommandations sur le décès des enfants, et à étudier et déterminer les circonstances entourant l'enquête et la poursuite visant l'infirmière qui avait été libérée après une enquête préliminaire, pour faire rapport sur celles-ci. Au cours de l'enquête, le commissaire a formulé la question sui-

“Was I right in determining that I am entitled in my Report . . . to express my opinion upon whether the death of any child was a result of the action, accidental or otherwise, of any named person or persons?” The Court of Appeal held that the commissioner was prohibited from naming the person or persons responsible for causing the death of any of the children.

In the case at bar, the Divisional Court considered the reasoning of the Court of Appeal in *Re Nelles and Grange* and concluded, at p. 416, that the case stood for the following proposition:

The *ratio* of this decision is not that it would be improper to identify persons whose conduct the Commission was inquiring into or to criticize or absolve the conduct of a named person; what was prohibited was making findings of fact in the Commission’s report that disclosed the elements of a criminal offence and in addition to name the person concerned because that would constitute an expression of the forbidden conclusion as to responsibility.

The Divisional Court rejected the appellants’ argument that the Commission could not comply with the prohibition on the expression of conclusions of law on criminal responsibility of any individual or organization for the offences under ss. 119 or 121 of the *Criminal Code*, *supra*. In this regard the court stated, at p. 417, that:

It is not correct to say that the Commission will be unable to make findings of fact without disclosing the elements of such an offence. The conferring of a benefit on an elected or unelected public official is not *of itself* an offence. Those sections provide narrow definitions of what constitutes criminal conduct. For example, the donor must act “corruptly” and the element of *mens rea* must be established; or the benefit must be conferred as consideration for an unlawful or improper act.

While recognizing that the Commissioner may find difficulty in complying with the prohibition against drawing conclusions as to responsibility, criminal or civil, we do not at present see the task as impossible. To attempt to assess that factor without any evidence upon which the Commission may report, is in our opinion premature. [Emphasis in original.]

vante: [TRADUCTION] «Ai-je eu raison de décider que j’avais le droit dans mon rapport [. . .] d’exprimer mon opinion quant à savoir si le décès d’un enfant avait résulté de l’action, accidentelle ou non, d’une ou plusieurs personnes nommées?» La Cour d’appel a conclu que le commissaire n’avait pas le droit de nommer la ou les personnes responsables du décès d’un des enfants.

b En l’espèce, la Cour divisionnaire a pris en considération les motifs de la Cour d’appel dans l’arrêt *Re Nelles and Grange* et a conclu que l’affaire se résumait dans la proposition suivante (à la p. 416):

c [TRADUCTION] Cet arrêt n’a pas décidé qu’il ne fallait pas identifier des personnes dont la conduite faisait l’objet d’une enquête de la Commission ni critiquer ou absoudre une personne nommée relativement à sa conduite; ce qui était interdit dans le rapport de la Commission, c’était de formuler des conclusions de fait qui divulgueraient des éléments d’une infraction criminelle et, en plus, de nommer les personnes visées, parce que cela constituerait une expression de la conclusion interdite quant à la responsabilité.

d La Cour divisionnaire a rejeté l’argument des appelants selon lequel la Commission ne pouvait se conformer à l’interdiction d’exprimer des conclusions de droit quant à la responsabilité criminelle d’une personne ou d’un organisme en ce qui a trait aux infractions visées aux art. 119 ou 121 du *Code criminel*, précité. À cet égard, la cour a dit (à la p. 417):

e [TRADUCTION] Il n’est pas juste de dire que la Commission ne sera pas en mesure d’arriver à des conclusions de fait sans divulguer les éléments d’une telle infraction. L’attribution d’un avantage à un fonctionnaire public élu ou non élu ne constitue pas *en soi* une infraction. Ces articles donnent des définitions restreintes de la conduite criminelle. Par exemple, celui qui accorde l’avantage doit agir «par corruption» et la *mens rea* doit être démontrée; ou l’avantage doit être accordé à titre de contrepartie d’un acte illégal ou incorrect.

f Tout en reconnaissant que le commissaire peut avoir de la difficulté à se conformer à l’interdiction de tirer des conclusions quant à la responsabilité, criminelle ou civile, nous ne considérons pas à l’heure actuelle qu’il s’agit d’une tâche impossible. Il est à notre avis prématuré de tenter d’évaluer ce facteur sans aucun élément de preuve sur lequel la Commission peut faire un rapport. [Italique dans l’original.]

On the second issue, the court had little difficulty in concluding that the inquiry was in relation to a valid provincial matter, namely the relationship between provincial government officials, both elected and unelected and other named individuals and corporations. Specifically, the court stated, at p. 418:

... it relates to matters of undoubted provincial concern and competence, namely the conduct of provincial public officials and persons dealing with them and the integrity of those officials and the process of provincial government itself.

The court was of the view that the inquiry was not an attempt to invade the federal field of criminal law and criminal procedure. The inquiry was not rendered unconstitutional merely because it may incidentally embrace conduct that may be criminal or may lead to criminal charges. As support for this conclusion, the Divisional Court cited a number of decisions including three from this Court: *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218 and *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

The Divisional Court went on to hold that the establishment of the inquiry did not infringe upon any of the rights guaranteed by the *Charter*. The court noted that situations may arise during the course of the inquiry where the *Charter* rights of a party or a witness would require protection. The court held that these situations could be dealt with by the Commissioner as they arose.

The third issue before the Divisional Court required an interpretation of the Order in Council itself. The appellants argued that the terms of reference contemplated a two-stage process: first, an investigation to determine whether there is sufficient evidence to proceed to an inquiry and second, only where the evidence placed before the Commissioner as a result of the investigation is such that he can form the opinion that sufficient evidence exists to warrant the entering into of the inquiry and report stage, can he then embark on

Relativement à la deuxième question, la cour a eu peu de difficulté à conclure que l'enquête portait sur une matière provinciale valide, savoir le rapport entre des fonctionnaires publics du gouvernement provincial, élus et non élus, et d'autres personnes et sociétés nommées. Plus précisément, la cour a dit (à la p. 418):

[TRADUCTION] ... elle se rapporte à des questions d'intérêt et de compétence relevant indubitablement de la province, savoir la conduite de fonctionnaires publics provinciaux et de personnes qui ont traité avec eux, et l'intégrité de ces fonctionnaires et le fonctionnement du gouvernement provincial lui-même.

La cour était d'avis que l'enquête ne tentait pas de s'immiscer dans le domaine fédéral du droit criminel et de la procédure en matière criminelle. L'enquête ne devenait pas inconstitutionnelle simplement parce qu'elle pouvait accessoirement porter sur une conduite qui pouvait être criminelle ou qui pouvait entraîner des accusations criminelles. À l'appui de cette conclusion, la Cour divisionnaire a cité un certain nombre de décisions dont trois arrêts de notre Cour: *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218 et *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

La Cour divisionnaire a ensuite conclu que l'institution de l'enquête publique ne portait atteinte à aucun droit garanti par la *Charte*. La cour a souligné que pendant l'enquête, il pourrait survenir des situations dans lesquelles les droits d'une partie ou d'un témoin, en vertu de la *Charte*, devraient être protégés. La cour a conclu que le commissaire pouvait régler ces questions au moment où elles surviendraient.

Pour répondre à la troisième question, la Cour divisionnaire a dû interpréter le décret lui-même. Les appelants soutenaient que le mandat prévoyait une procédure en deux étapes: premièrement, des recherches préparatoires pour déterminer s'il y a suffisamment de preuves pour mener une enquête et, deuxièmement, et seulement si les éléments de preuve présentés par suite des recherches préparatoires sont tels que le commissaire peut estimer la preuve suffisante pour passer à l'étape de l'enquête et du rapport, l'enquête proprement dite sur les

the inquiry into such circumstances as he has decided warrant such inquiry. This process would require a private, preliminary "screening" of the evidence before it is introduced in the public hearings. The Divisional Court concluded that the suggested process was misconceived.

First, it held that the process suggested by the appellants depends on the view that the statute, the *Public Inquiries Act*, creates three stages of operation—investigation, inquiry and report. This, according to the Divisional Court, is an untenable interpretation of the Act. Section 2 of the Act authorizes the Lieutenant Governor in Council only to commission an inquiry. An "inquiry" by definition includes the notion of an investigation and the statute implicitly contemplates that the Commissioner will report the findings of his investigation and inquiry. The reference to "sufficient evidence" in the terms of reference is intended to make clear that evidence tendered in the inquiry must be cogent and not mere rumour or conjecture. The decision whether the evidence is sufficient in this sense is to be made when it is tendered by counsel in the public inquiry. That is different from requiring the Commissioner to undertake a review of the evidence in private before disclosing it in the public hearing.

Second, to interpret the terms of reference as requiring a two-stage process would deprive the inquiry of its essentially public character. The Divisional Court was of the view that the two-stage process would be subversive of the whole policy underlying the *Public Inquiries Act*, and would lead to a loss of public confidence in the procedure. The court did concede that the language in the Order in Council was confusing. The court, however, held that it should not strike it down if reasonable meaning can be given to it within the policy of the statute. The Commissioner will have difficulty in some cases in making individual decisions as to admitting evidence tendered, but he must be left free to make his decisions on a case by case basis within the guidelines of the Act and the terms of reference. If he exceeds his jurisdiction, then an aggrieved party

circumstances qui selon le commissaire justifient une telle enquête. Cette procédure exigerait un «examen» privé et préliminaire des éléments de preuve avant de les présenter en audience publique. La Cour divisionnaire a conclu que cette description de la procédure était erronée.

Premièrement, elle a conclu que la procédure décrite par les appelants reposait sur l'opinion que la loi, la *Loi sur les enquêtes publiques*, créait trois étapes d'application—la recherche, l'enquête et le rapport. Selon la Cour divisionnaire, il s'agissait d'une interprétation insoutenable de la Loi. L'article 2 de la Loi autorise seulement le lieutenant-gouverneur en conseil à ordonner la tenue d'une enquête. Par définition, le terme «enquête» comprend la notion de recherche et la loi prévoit implicitement que le commissaire fera un rapport sur les conclusions de sa recherche et de son enquête. La mention de l'expression «preuve suffisante» dans le mandat est destinée à établir clairement que les éléments de preuve présentés lors de l'enquête doivent être convaincants et non de simples rumeurs ou hypothèses. La décision quant au caractère suffisant de la preuve, dans ce sens, doit être prise au moment où elle est présentée par l'avocat à l'enquête. Cela ne revient pas à exiger que le commissaire examine les éléments de preuve en privé avant de les divulguer à l'audience publique.

Deuxièmement, donner au mandat une interprétation qui exige une procédure en deux étapes enlèverait à l'enquête son caractère essentiellement public. La Cour divisionnaire était d'avis que la procédure en deux étapes serait contraire à l'ensemble des principes qui sous-tendent la *Loi sur les enquêtes publiques* et entraînerait une perte de la confiance du public dans la procédure. La cour a reconnu que le texte du décret portait à confusion. Toutefois, la cour a conclu qu'elle ne devait pas l'annuler si on pouvait lui donner une signification raisonnable dans le cadre des principes de la loi. Le commissaire aura des difficultés dans certains cas à rendre des décisions particulières sur l'admission des éléments de preuve présentés, mais il doit être laissé libre de rendre ses décisions sur chaque cas dans le cadre des lignes directrices de la Loi et du mandat. S'il excède sa compétence,

has recourse to judicial review in the normal course. The application, therefore, was dismissed.

Ontario Court of Appeal

The Court of Appeal for Ontario (1990), 71 O.R. (2d) 161, agreed with the Divisional Court that in pith and substance the inquiry falls under provincial powers under s. 92(4), provincial officers and offices, s. 92(7), management of charities, s. 92(13), property and civil rights and s. 92(16), matters of a merely local or private nature in the province. The inquiry is not a colourable attempt to conduct a police investigation. With respect to the allegations of *Charter* infringements, the Court held as follows, at pp. 166-67:

As far as s. 7 is concerned, the protection of “the principles of fundamental justice” is textually related to *deprivation* of “the right to life, liberty and security of the person”: *Reference re: Section 94(2) B.C. Motor Vehicle Act*, . . . [1985] 2 S.C.R. 486 [at p. 500 and pp. 511-13]. Here, as is the practice with inquiries, the commissioner reports and recommends; he does not order. As far as the *Charter* protections of non-compellability and of the presumption of innocence are concerned, they are both set out in s. 11—paras (c) and (d) respectively—and so are available to “any person charged with an offence”, which is not the case with an inquiry, nor can it be. If criminal charges are laid, their protections can be claimed at the trial, as can the protection of s. 13 against self-incrimination. There is no question that the *Charter* applies to inquiries, but none of the allegations made before us involve a *Charter* infringement.

The more formidable problem, as the Court of Appeal saw it, was the form of the Order in Council itself, specifically the part that authorizes an inquiry into matters that bear a “striking resemblance” to s. 121(1)(b) of the *Criminal Code*. The court first noted, however, that the Commissioner expressly stated that he was not going to allow the proceedings to develop into anything akin to a criminal trial. Further, upon an examination of the Order in Council, the Court at pp. 169-70 saw what it called a “very important

une partie lésée peut alors recourir normalement au contrôle judiciaire. Par conséquent, la demande a été rejetée.

a La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario (1990), 71 O.R. (2d) 161, a convenu avec la Cour divisionnaire que, en réalité, l'enquête relevait des pouvoirs de la province en vertu du par. 92(4), sur les charges provinciales et les fonctionnaires provinciaux, du par. 92(7), sur l'administration des institutions de charité, du par. 92(13), sur la propriété et les droits civils, et du par. 92(16), sur les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. L'enquête n'est pas une enquête policière déguisée. Relativement aux allégations de violations de la *Charte*, la cour a conclu de la manière suivante (aux pp. 166 et 167):

[TRADUCTION] En ce qui a trait à l'art. 7, la protection des «principes de justice fondamentale» se rapporte textuellement à *l'atteinte* au «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 [à la p. 500 et aux pp. 511 à 513]. En l'espèce, comme c'est la pratique en matière d'enquêtes, le commissaire présente un rapport et des recommandations; il ne donne pas d'ordre. En ce qui a trait aux protections que prévoit la *Charte* relativement à la non-contraincibilité et à la présomption d'innocence, elles sont énoncées à l'art. 11—al. c) et d) respectivement—et elles peuvent être invoquées par «tout inculpé», ce qui n'est pas le cas et ne peut l'être dans le cadre d'une enquête. Si des accusations criminelles sont portées, les protections peuvent être invoquées au procès, tout comme la protection que prévoit l'art. 13 contre l'auto-incrimination. Il est bien évident que la *Charte* s'applique aux enquêtes, mais aucune des allégations qui nous ont été présentées n'a trait à une violation de la *Charte*.

h Selon la Cour d'appel, le problème le plus grave était la formulation du décret lui-même, particulièrement la partie qui autorise une enquête sur des questions qui ressemblent [TRADUCTION] «de façon frappante» à l'al. 121(1)b) du *Code criminel*. Toutefois, la cour a d'abord souligné que le commissaire avait expressément déclaré qu'il n'allait pas permettre que les procédures se transforment en une sorte de procès criminel. En outre, après avoir examiné le décret, la cour a constaté qu'il manquait au mandat un [TRADUCTION] «élément

element” of the offence in s. 121 of the *Code* missing from the terms of reference:

Nowhere in term (2) of the terms of reference is there mention of the relationship between the “benefit, advantage or reward” and the “dealings” between the parties. The importance of the link in establishing criminal responsibility was demonstrated in *R. v. Cooper* (1977), 74 D.L.R. (3d) 731, 34 C.C.C. (2d) 18, [1978] 1 S.C.R. 860 (S.C.C.). It follows that the Commissioner could find dealings and a reward involving a named person or corporation and still not find facts expressing a conclusion of criminal responsibility.

Finally, the Court of Appeal rejected the “two-stage” process that the appellants suggested was mandated by the terms of reference. The court agreed with the Divisional Court that such a process would be a radical departure from the ordinary conduct of commissions of inquiry and would be subversive to the policy of the *Public Inquiries Act*.

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by Wilson J. on February 5, 1990:

1. Is the Order in Council dated July 6, 1989, enacted pursuant to s. 2 of the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, c. 411, *ultra vires* the Province of Ontario as being a matter within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada, pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Does the Order in Council dated July 6, 1989 infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7 to 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the Order in Council infringes or denies the rights guaranteed by ss. 7 to 14 of the *Charter*, is the Order in Council justified in accordance with s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellants raise two additional issues:

1. Do the Terms of Reference violate the principles enunciated in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210, because they require the Commissioner to investigate the conduct of named persons as to their civil or criminal responsibility while expressly prohibiting him

très important» de l'infraction visée à l'art. 121 du *Code* (aux pp. 169 et 170):

[TRADUCTION] La clause 2) du mandat ne mentionne nullement le rapport entre le «bénéfice, avantage ou récompense» et les «relations d'affaires» entre les parties. L'importance du lien pour établir la responsabilité criminelle a été démontrée dans l'arrêt *R. v. Cooper* (1977), 74 D.L.R. (3d) 731, 34 C.C.C. (2d) 18, [1978] 1 R.C.S. 860 (C.S.C.) Il en découle que le commissaire pourrait conclure à l'existence de relations d'affaires et d'une récompense mettant en cause une personne ou une société nommée et pourtant ne faire aucune constatation de fait constituant l'expression d'une conclusion de responsabilité criminelle.

Finalment, la Cour d'appel a rejeté l'argument des appelants selon lequel le mandat prévoyait une procédure en «deux étapes». La cour a convenu avec la Cour divisionnaire qu'une telle procédure s'écarterait de manière radicale de la tenue normale des enquêtes et serait contraire aux principes de la *Loi sur les enquêtes publiques*.

IV. Les questions en litige

Le juge Wilson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 5 février 1990.

1. Le décret du 6 juillet 1989, pris conformément à l'art. 2 de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, excède-t-il les pouvoirs de la province de l'Ontario à titre de matière relevant de la compétence exclusive du Parlement du Canada, en application du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Le décret du 6 juillet 1989 porte-t-il atteinte aux droits garantis par les art. 7 à 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si ce décret porte atteinte aux droits garantis par les art. 7 à 14 de la *Charte*, est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les appelants ont soulevé deux questions supplémentaires:

1. Le mandat viole-t-il les principes énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 parce qu'il impose au commissaire d'enquêter sur la conduite de personnes qui y sont nommées relativement à leur responsabilité civile ou criminelle tout en lui interdisant expressément de

from expressing any conclusions regarding their civil or criminal responsibility?

2. If the Order in Council is constitutional, can the Inquiry proceed in the face of the ongoing police investigation, and if so, what procedure is mandated by the Order in Council and the necessity not to interfere with rights guaranteed by the *Charter*?

V. Analysis

Introduction

In light of the conclusion I reach on the first constitutional question stated by Wilson J., I need not pronounce upon the other issues raised in this appeal. I am of the view that the province of Ontario has exceeded its jurisdiction by the manner in which it has framed this public inquiry. Although it may not have intended this result, the province has created an inquiry that in substance serves as a substitute police investigation and preliminary inquiry with compellable accused in respect of a specific criminal offence under s. 121 of the *Criminal Code*. This inquiry is, therefore, *ultra vires* the province as it is in pith and substance a matter related to criminal law and criminal procedure under the exclusive jurisdiction of Parliament pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

I begin with a few general comments on the approach to division of powers issues. The first step in judicial review in the context of division of powers is to identify the "matter" of the law, in this case of the Order in Council establishing the inquiry. This is done by looking for the dominant feature of the law, or to use the term of art, its "pith and substance". Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 318-19, notes that pith and substance is determined by examining both the purpose and effect of the law. In undertaking the characterization of a law the Court must consider the legislative scheme, judicial precedent and what Professor Hogg refers to at p. 323 as a "concept of federalism" comprised of the enduring values in the allocation of power between the two levels of government. Once the matter or pith and substance of a law has been identified, it is necessary

formuler des conclusions concernant cette responsabilité civile ou criminelle?

2. Si le décret est constitutionnel, l'enquête peut-elle être tenue en même temps que l'enquête policière et, dans l'affirmative, quelle procédure est exigée par le décret et la nécessité de ne pas porter atteinte aux droits que garantit la *Charte*?

V. Analyse

Introduction

Vu ma conclusion sur la première question constitutionnelle formulée par le juge Wilson, je n'ai pas à me prononcer sur les autres questions soulevées dans le présent pourvoi. Je suis d'avis que la province de l'Ontario a excédé sa compétence par la manière dont elle a institué cette enquête publique. Même s'il se peut qu'elle n'ait pas voulu arriver à ce résultat, la province a institué une enquête qui, en réalité, remplace une enquête policière et une enquête préliminaire, dans lesquelles les accusés sont contraignables, relativement à une infraction criminelle précise visée à l'art. 121 du *Code criminel*. Par conséquent, cette enquête est *ultra vires* de la province car il s'agit en réalité d'un sujet relatif au droit criminel et à la procédure en matière criminelle qui relève de la compétence exclusive du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Tout d'abord je tiens à faire quelques observations d'ordre général sur la question du partage des pouvoirs. La première étape du contrôle judiciaire dans le contexte du partage des pouvoirs consiste à identifier «l'objet» de la loi, en l'espèce du décret instituant l'enquête. À cette fin, il convient d'examiner la caractéristique principale de la loi ou, pour utiliser l'expression consacrée, son «caractère véritable». Le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 318 et 319, souligne que le caractère véritable est déterminé par l'examen de l'objet et de l'effet de la loi. Pour caractériser une loi, la cour doit examiner l'esprit de la loi, la jurisprudence et ce que le professeur Hogg appelle à la p. 323 un [TRADUCTION] «concept de fédéralisme» constitué de valeurs stables dans la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement. Lorsque le sujet ou caractère véritable de la loi a été identifié, il est néces-

to assign it to a specific head of power under either s. 91 or s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In this appeal the Court is asked to consider an Order in Council establishing a commission of inquiry to investigate and report on dealings between an individual and a corporation, Patricia Starr and Tridel Corporation Inc., and public officials and whether there is sufficient evidence to satisfy the Commissioner that a benefit was conferred on a public official. In my view the terms of reference seem to envisage a two-step process that eventually narrows the scope of the inquiry. In the first paragraph of the terms of reference, the Commissioner is to investigate the “nature and extent” of the dealings between Ms. Starr and Tridel Corporation Inc. and elected and unelected public officials. This essentially asks the Commissioner to define broadly any dealings, if they exist, that the named individuals had with the public officials in any circumstances. This task is to be completed independently of any consideration of whether benefits were conferred. It is a broad mandate to locate and identify “dealings”. The second paragraph of the terms of reference asks the Commissioner to inquire into and report upon “any such circumstances or dealings”, (dealings identified in paragraph 1 of the terms of reference), where, in his opinion, “there is sufficient evidence that a benefit . . . was conferred upon an elected or unelected public official”. I note that the only two named individuals in the terms of reference are Ms. Starr and Tridel Corporation Inc., and neither are public officials.

Division of Powers as it Relates to Commissions of Inquiry

In order to analyze the scheme set up by the terms of reference of this inquiry, it is necessary to review the fairly extensive body of jurisprudence, mainly emanating from this Court, dealing with the constitutionality of provincial commissions of inquiry. At the outset, it is worth noting that this Court has consistently upheld the constitutionality of provincial commissions of inquiry and has sanctioned the granting of fairly broad powers of investigation which may incidentally have an impact

saire de l’inscrire sous une rubrique des art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En l’espèce, on demande à la Cour d’examiner un décret qui a établi une commission chargée de faire enquête et rapport sur des relations d’affaires entre une personne et une société, Patricia Starr et Tridel Corporation Inc., et des fonctionnaires publics et d’examiner s’il y a suffisamment d’éléments de preuve pour convaincre le commissaire qu’un avantage a été conféré à un fonctionnaire public. À mon avis, le mandat semble prévoir une procédure en deux étapes qui finalement restreint la portée de l’enquête. Dans le premier paragraphe du mandat, le commissaire doit enquêter sur «la nature et l’ampleur» des relations d’affaires entre M^{me} Starr et Tridel Corporation Inc. et des fonctionnaires publics élus et non élus. Essentiellement, on demande au commissaire de définir de façon générale toutes relations d’affaires, s’il en est, que les personnes nommées ont eues avec des fonctionnaires publics dans toutes circonstances. Cette tâche doit être effectuée indépendamment de toute considération d’avantages qui auraient pu être conférés ou non. Il s’agit d’un vaste mandat pour trouver et identifier des «relations d’affaires». En vertu du deuxième paragraphe du mandat, le commissaire doit faire enquête et rapport sur «toutes ces circonstances ou relations d’affaires» (les relations d’affaires identifiées dans le premier paragraphe du mandat), si, à son avis «il est établi qu’un [...] avantage [...] a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu». Je remarque que les deux seules personnes nommées dans le mandat sont M^{me} Starr et Tridel Corporation Inc. qui ne sont ni l’une ni l’autre des fonctionnaires publics.

Le partage des pouvoirs en matière de commissions d’enquête

Pour analyser le système établi par le mandat de cette commission d’enquête, il faut examiner la jurisprudence assez abondante, provenant principalement de notre Cour, qui traite de la constitutionnalité des commissions d’enquête provinciales. D’emblée, il faut souligner que notre Cour a régulièrement confirmé la constitutionnalité des commissions d’enquête provinciales et a confirmé l’attribution de pouvoirs d’enquête assez étendus qui peuvent accessoirement avoir un effet sur les pou-

upon the federal criminal law and criminal procedure powers. At the same time, however, this Court has consistently held that the power of the provinces to establish commissions of inquiry is not constitutionally unlimited. This appeal requires this Court to re-examine what those limits are and to decide if this inquiry has ventured beyond the sphere of provincial competence.

The first case that I wish to consider is *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9. That case dealt with a coroner's inquest. The appeal turned on the rather narrow issue of whether a civil court was without jurisdiction to hear the merits of a writ of prohibition sought against a coroner on the grounds that a coroner's inquest is a hearing into a criminal matter. The majority decision of the Court was delivered by de Grandpré J. who concluded that the investigation of crime was only incidental to the predominant aspects of the inquest which were within the jurisdiction of the province. At pages 30-31 of the majority decision, de Grandpré J. indicated what functions, apart from the investigation of crime, the coroner's inquest served:

- (a) identification of the exact circumstances surrounding a death serves to check public imagination, and prevents it from becoming irresponsible;
- (b) examination of the specific circumstances of a death and regular analysis of a number of cases enables the community to be aware of the factors which put human life at risk in given circumstances;
- (c) the care taken by the authorities to inquire into the circumstances, every time a death is not clearly natural or accidental, reassures the public and makes it aware that the government is acting to ensure that the guarantees relating to human life are duly respected.

In this situation, while the investigation of crime is important, it is not the determining aspect of the coroner's functions, with the result that the "criminal" aspect is not predominant.

Furthermore, the proceeding itself is not as such concerned with the investigation of crime. As has been indicated on several occasions,

- (a) the inquest is not a trial;
- (b) there is no accused. [Emphasis added.]

voirs du fédéral en matière de droit criminel et de procédure criminelle. Toutefois, notre Cour a en même temps uniformément conclu que le pouvoir des provinces d'établir des commissions d'enquête n'est pas illimité du point de vue constitutionnel. Le présent pourvoi oblige la Cour à examiner de nouveau quelles sont ces limites et à décider si la présente enquête sort de la sphère de compétence provinciale.

Je veux tout d'abord examiner l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt traitait de l'enquête d'un coroner. Le pourvoi portait sur la question assez restreinte de savoir si un tribunal civil était sans compétence pour se prononcer sur le fond d'un bref de prohibition demandé contre un coroner pour le motif que l'enquête du coroner constituait une audience en matière criminelle. La décision de la Cour à la majorité a été rendue par le juge de Grandpré qui a conclu que la recherche du crime n'était qu'accessoire aux aspects prédominants de l'enquête qui relevaient de la compétence de la province. Aux pages 30 et 31 des motifs de la majorité, le juge de Grandpré a indiqué quelles étaient, en dehors de la recherche du crime, les fonctions de l'enquête du coroner:

- a) la détermination des circonstances exactes entourant un décès met un frein à l'imagination du public, empêchant qu'il devienne la folle du logis;
- b) l'examen des circonstances particulières d'un décès et l'étude répétée de plusieurs cas permettent à la collectivité de prendre conscience des facteurs qui mettent en danger la vie humaine dans des circonstances données;
- c) le soin pris par les autorités, chaque fois que le décès n'est pas évidemment naturel ou accidentel, de se pencher sur les circonstances rassure la population en lui permettant de constater que l'État veille à ce que les garanties entourant la vie humaine soient dûment respectées.

Dans ce contexte, la recherche du crime, tout en étant importante, n'est pas l'élément déterminant des fonctions du coroner, de sorte que l'aspect « criminel » n'est pas prédominant.

La procédure elle-même d'ailleurs ne vise pas en soi la recherche du crime. Comme il a été souligné à plusieurs reprises,

- a) l'enquête n'est pas un procès;
- b) il n'y a pas d'accusé. [Je souligne.]

In my view, the decision of de Grandpré J. demonstrates the proper approach to division of powers adjudication. He correctly examined the coroner's inquest both in terms of purpose and effect, and concluded that it was not an improper intrusion into criminal law and criminal procedure. As I read the decision of the majority the case stands for the proposition that coroners' inquests have a primary purpose other than the investigation of whether a specific crime was committed.

The next significant case is *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, *supra*. That case dealt with a provincial inquiry investigating organized crime in Quebec. The appellants were found guilty of contempt for refusing to testify at the inquiry. A majority of this Court upheld the constitutionality of the inquiry, although a number of judgments were delivered, a matter that makes it somewhat difficult to discern the *ratio* of the case. Pigeon J. (Martland, Judson and Ritchie JJ. concurring), held at p. 192 that the *Faber* decision was determinative:

In my view, the decision in *Faber* is conclusive against appellants' contention that the matter is "criminal" The conclusion reached in *Faber* cannot be viewed as proceeding on the basis that the detection of crime was not the principal object of the coroner's inquest. The fact is that this was the sole object of the inquest at the particular time when the proceedings were initiated.

With the greatest of respect for the reasons of Pigeon J., I am of the view, as I stated above, that *Faber* stands for the principle that coroners' inquests are in substance concerned with matters other than the investigation of whether a specific crime was committed. The reasons of Pigeon J. seem to suggest that *Faber* stands for the proposition that the provinces have the jurisdiction to set up an inquiry solely for the purpose of investigating whether a particular crime was committed. That position is, with respect, a broader reading of *Faber* than is necessary, and one that is strictly speaking *obiter* since, on the facts of *Di Iorio*, the commission of inquiry was concerned with organized crime generally and not whether a specific crime was committed.

À mon avis, les motifs du juge de Grandpré indiquent la bonne façon d'aborder la question du partage des pouvoirs. Il a correctement examiné l'enquête du coroner en fonction de l'objet et de l'effet et a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une intrusion injustifiée dans le droit criminel et dans la procédure en matière criminelle. Selon mon interprétation de l'avis de la majorité, il signifie que les enquêtes du coroner ont un but principal autre que celui de rechercher si un crime précis a été commis.

Le prochain arrêt important est *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, précité. Cet arrêt concernait une enquête provinciale sur le crime organisé au Québec. Les appelants avaient été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour refus de témoigner à l'enquête. Notre Cour à la majorité a confirmé la constitutionnalité de l'enquête, mais plusieurs avis ont été rédigés, ce qui ne permet pas de dégager facilement la raison déterminante de l'arrêt. Le juge Pigeon (avec l'appui des juges Martland, Judson et Ritchie) a conclu à la p. 192 que l'arrêt *Faber* était décisif:

Selon moi, la décision dans *Faber* est concluante à l'encontre de la prétention des appelants qu'il s'agit d'une matière «criminelle» [. . .] On ne peut pas dire que la conclusion tirée dans *Faber* repose sur le motif que la recherche du crime n'était pas le but principal de l'enquête du coroner. De fait, c'était le seul objet de l'enquête au moment où les procédures ont été entamées.

Avec les plus grands égards pour les motifs du juge Pigeon, je suis d'avis, comme je l'ai mentionné précédemment, que l'arrêt *Faber* appuie le principe selon lequel les enquêtes du coroner portent en réalité sur des questions autres que l'enquête sur la perpétration d'un crime précis. Il semble ressortir des motifs du juge Pigeon que l'arrêt *Faber* appuie la proposition selon laquelle les provinces ont la compétence d'établir une enquête dont le seul but est de rechercher si un crime précis a été commis. Avec égards, cette position constitue une interprétation de l'arrêt *Faber* plus large qu'il n'est nécessaire et qui constitue à proprement parler une opinion incidente étant donné que, d'après les faits de l'affaire *Di Iorio*, la commission d'enquête s'intéressait au crime organisé en général et non à la question de savoir si un crime précis avait été commis.

I find support for my position in the reasons of Dickson J. (as he then was) in *Di Iorio*. The reasons of Dickson J. were concurred in by Martland, Judson, Ritchie and Spence JJ., and therefore attracted the support of a majority of the Court. Dickson J., at p. 217, found the *Faber* decision only “peripherally” helpful:

Although the constitutionality of the *Coroners’ Act* of Quebec was clearly not in issue, Mr. Justice de Grandpré did discuss the criminal nature of the inquest so as to decide the proper court for judicial review. One should not unquestioningly transfer comments on “criminal law” in this context to criminal law in the constitutional context, although they can be of assistance.

As a result, Dickson J. explicitly addressed the central issue of the limits of provincial competence to establish commissions of inquiry with specific regard for the inquiry into organized crime before the Court. At page 201 he stated:

The Inquiry by its terms is directed into the activities of organizations and systems and to the ramifications of those organizations and systems and the persons involved, to the extent that those organizations or systems operate in areas notoriously inviting to organized crime . . .

The Inquiry does not act as a criminal court or exercise criminal jurisdiction. The conduct of the Inquiry is not part of a criminal prosecution under the *Criminal Code* nor is it an investigation into a particular crime or transaction which later might be the subject of a criminal charge. We are not here concerned with a criminal trial, structured as a dispute between two sides, the Crown and the accused. The function of the Inquiry is merely to investigate and report; no person is accused; those who appear do so as witnesses; there is no *lis*; there is no attempt to alter criminal procedure. The proceedings of the Commission are not criminal proceedings in the sense that punishment is their aim. The legislation under attack establishes an inquiry into the nature and prevalence of certain types of illegal conduct within the Province of Quebec . . . [Emphasis added.]

Furthermore, at p. 210 he stated that

Ma position est appuyée par les motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Di Iorio*. Les motifs du juge Dickson ont été appuyés par les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence et, par conséquent, ont obtenu l’appui de la majorité de la Cour. Le juge Dickson, à la p. 217, a conclu que l’arrêt *Faber* n’était que d’une utilité «limitée»:

Même si la validité constitutionnelle de la *Loi des coroners* du Québec n’était manifestement pas en litige, M. le juge de Grandpré a examiné le caractère de l’enquête afin de décider quel tribunal avait juridiction pour réviser les décisions des coroners. On ne doit pas transposer aveuglément des observations sur ce qui est «droit criminel» [dans] ce contexte à ce qui est «droit criminel» dans le contexte constitutionnel, quoique cela puisse être d’une certaine utilité.

En conséquence, le juge Dickson a examiné de façon explicite la question centrale des limites du pouvoir provincial de créer des commissions d’enquête, surtout en ce qui concerne l’enquête sur le crime organisé dont la Cour était saisie. À la p. 201, il a dit:

Selon les propres termes de l’arrêté, l’enquête vise les activités des organisations et réseaux, les ramifications de ces organisations et réseaux et les personnes qui y concourent, dans la mesure où ces organisations ou réseaux opèrent dans des domaines qui de façon notoire sont reliés au crime organisé . . .

La Commission d’enquête n’agit pas comme une cour criminelle et elle n’exerce aucune juridiction en matière criminelle. La tenue de l’enquête ne fait pas partie d’une poursuite criminelle en vertu du *Code criminel* et ne constitue pas non plus une recherche d’un crime ou d’une infraction spécifique qui pourrait plus tard faire l’objet d’une inculpation criminelle. Il ne s’agit pas en l’espèce d’un procès criminel, sous la forme d’un litige entre deux parties, le ministère public et l’accusé. Le rôle de la Commission d’enquête est simplement de faire enquête et de soumettre un rapport; personne n’est inculpé; ceux qui comparaissent le font à titre de témoins; il n’y a pas litige; on ne vise aucunement à modifier la procédure en matière criminelle. Les procédures devant la Commission ne sont pas des procédures criminelles au sens qu’elles auraient pour but l’imposition de sanctions. La loi contestée institue une enquête sur la nature et la fréquence de certaines activités illégales dans la province de Québec . . . [Je souligne.]

Puis, à la p. 210:

... a valid distinction can be made between criminal procedure and an inquiry into criminal acts. What is in issue here is an inquiry into specific matters encompassed by the term, Administration of Justice in the Province. The Inquiry possesses purposes and functions which are separate and distinct from the procedures which accompany the investigation and prosecution in a criminal matter. Accepting that police investigation of an individual must comply with federal standards of criminal procedure, it is not immediately apparent why an investigative overview of crime on a collective basis should be open to constitutional attack. [Emphasis added.]

In my view, the decision of Dickson J. in *Di Iorio* is consistent with and demonstrates a similar conceptual approach as that of de Grandpré J. in *Faber*. In both decisions the focus is on purposes and functions of the inquest and inquiry respectively that are distinct from the investigation and prosecution of specific crimes.

This leads me to a consideration of the decision of this Court in *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, *supra*. That case dealt with a commission of inquiry empowered to investigate and report on various illegal acts allegedly committed by police forces, including the R.C.M.P. It is significant that the Commission was mandated to deal with, not only the general issue of R.C.M.P. wrongdoing, but also with specific acts including illegal entry, setting a fire and theft. No names were mentioned in the terms of reference. The Court upheld the constitutionality of the commission of inquiry, with Pigeon J. delivering the judgment of the majority. Much of the judgment concerned the question of whether a provincial commission could investigate the administration of the R.C.M.P. The answer of the majority was that it could not. The judgment also dealt with the more general question of the constitutional limits of the inquiry. In that regard, Pigeon J. held at p. 241 that

On the other hand, it appears to me that the majority opinion in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, is conclusive of the validity of the Commission's mandate to the extent that it is for an inquiry into specific criminal activities. I can see no basis for a distinction between such an inquiry and an inquiry into "organized

... on peut établir une distinction valable entre la procédure en matière criminelle et une enquête sur des actes criminels. Ce qui, en l'espèce, est en litige est une enquête sur des sujets donnés compris dans l'expression, administration de la justice dans la province. Le but et le rôle de l'enquête sont différents et distincts des procédures d'enquête et de poursuite dans une affaire criminelle. Même en admettant que toute enquête policière sur un citoyen doit respecter les normes fédérales de la procédure criminelle, je ne vois pas bien pourquoi on pourrait attaquer la constitutionnalité d'une enquête générale sur le crime, faite sur une base collective. [Je souligne.]

À mon avis, l'avis du juge Dickson dans l'arrêt *Di Iorio* correspond à celui du juge de Grandpré dans l'arrêt *Faber* et représente une conception semblable à celui-ci. Les deux arrêts portent principalement sur les objets et les fonctions de l'enquête du coroner et de l'enquête publique respectivement qui sont différents de la recherche et de la poursuite de crimes précis.

Ceci m'amène à étudier l'arrêt de notre Cour *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, précité. Cet arrêt portait sur une commission d'enquête qui avait le pouvoir d'enquêter et de faire rapport sur divers actes illégaux de divers corps policiers, dont la GRC. Il est important de souligner que la Commission avait le mandat de traiter, non seulement de la question générale des actes répréhensibles de la GRC, mais également d'actes précis, dont une entrée illégale, un incendie et un vol. Le mandat ne mentionnait aucun nom. La Cour a confirmé la constitutionnalité de la commission d'enquête et c'est le juge Pigeon qui a rendu le jugement de la majorité. La plus grande partie de l'arrêt porte sur la question de savoir si une commission provinciale peut enquêter sur l'administration de la GRC. Les juges de la majorité ont répondu par la négative. L'arrêt traite également de la question plus générale des limites constitutionnelles de l'enquête. À cet égard, le juge Pigeon a dit à la p. 241:

D'un autre côté, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal* me paraît concluante sur la validité du mandat de la Commission dans la mesure où il s'agit d'une enquête sur des activités criminelles spécifiées. Je ne vois aucune possibilité de distinction entre ce genre d'enquête et une

crime” as in *Di Iorio*, or a coroner’s inquiry into a criminal homicide as in *Faber v. The Queen* . . .

In my view, having regard for my interpretation of *Faber* and *Di Iorio*, this passage from the decision of Pigeon J. should not be taken to mean that it is within provincial jurisdiction to directly investigate particular individuals in respect of their alleged commission of specific criminal offences. I repeat that in *Faber* the *ratio* was that a coroner’s inquest had purposes and functions that were not related to the investigation of crimes. In *Di Iorio*, the majority position of Dickson J. stands for the view that the Commission was not investigating specific criminal acts by specific individuals; it was mandated to investigate the general issue of organized crime in Quebec. While *Keable* dealt with specific allegations of illegal acts by members of the R.C.M.P., there were no individuals named in the terms of reference and nor was the inquiry empowered to examine one specific crime allegedly committed by particular persons. I also note that in *Keable* the terms of reference of the Commission empowered it to investigate certain specific “illegal or reprehensible acts” so that it could make recommendations to ensure that those acts would not be repeated by the R.C.M.P. in the future. In that light, while the Commission no doubt was empowered to inquire into certain potentially illegal activity, the inquiry’s focus was on the more general issue of R.C.M.P. methods of investigation and wrongdoing in that context, a matter within provincial jurisdiction.

I cannot leave the discussion of *Keable* without referring to the concurring reasons of Estey J. with whom Spence J. agreed. His reasons are important since they, in my view, place the discussion of division of powers as it relates to provincial inquiries into a useful analytical framework, and are somewhat reflective of the position taken by Dickson J. in *Di Iorio*. Estey J. begins with the proposition that *Di Iorio* did not go so far as to permit the invasion by provincial action of the sanctity of the

enquête sur le «crime organisé» comme dans l’arrêt *Di Iorio*, ou une enquête de coroner sur un homicide criminel, comme dans l’arrêt *Faber c. La Reine* . . .

a À mon avis, compte tenu de mon interprétation des arrêts *Faber* et *Di Iorio*, cet extrait des motifs du juge Pigeon ne devrait pas être interprété comme signifiant que la province a le pouvoir d’enquêter directement sur des particuliers à l’égard d’infractions criminelles précises qu’ils auraient commises. b Encore une fois, je tiens à préciser que, dans l’arrêt *Faber*, la raison déterminante était qu’une enquête du coroner avait des objets et des fonctions qui n’étaient pas reliés à la recherche de crimes. Dans c l’arrêt *Di Iorio*, la position de la majorité qui ressort des motifs du juge Dickson signifie que la Commission n’enquêtait pas sur des actes criminels précis commis par des individus en particulier; d elle avait le mandat d’enquêter sur la question générale du crime organisé au Québec. Bien que l’arrêt *Keable* ait traité d’allégations précises d’actes illégaux commis par des membres de la GRC, aucune personne n’était nommée dans le mandat et e la commission d’enquête n’avait pas le pouvoir d’examiner un crime précis qu’auraient commis des personnes en particulier. Je remarque également que, dans l’arrêt *Keable*, le mandat de la Commission lui donnait le pouvoir d’enquêter sur certains «actes illégaux ou répréhensibles» précis f de manière à faire des recommandations pour éviter que ces actes ne soient répétés par la GRC à l’avenir. Ainsi, bien que de toute évidence la Commission ait eu le pouvoir d’enquêter sur certaines g activités qui pouvaient être illégales, l’enquête portait essentiellement sur la question plus générale des méthodes d’enquête de la GRC et de méfaits commis dans ce contexte, une question qui relevait h de la compétence provinciale.

Je ne peux terminer l’analyse de l’arrêt *Keable* sans mentionner les motifs concordants du juge Estey auxquels a souscrit le juge Spence. Ses motifs sont importants étant donné que, à mon avis, ils placent l’analyse du partage des pouvoirs relativement aux commissions d’enquête provinciales dans un cadre analytique utile et, d’une certaine manière, correspondent à la position adoptée par le juge Dickson dans l’arrêt *Di Iorio*. Le juge Estey fait remarquer tout d’abord que l’arrêt *Di*

right to remain silent during what is in effect a criminal investigation. At pages 254-55 he states:

The investigation of the incidence of crime or the profile and characteristics of crime in a province, or the investigation of the operation of provincial agencies in the field of law enforcement, are quite different things from the investigation of a precisely defined event or series of events with a view to criminal prosecution. The first category may involve the investigation of crime generally and may be undertaken by the invocation of the provincial enquiry statutes. The second category entails the investigation of specific crime, the procedure for which has been established by Parliament and may not be circumvented by provincial action under the general enquiry legislation any more than the substantive principles of criminal law may be so circumvented.

The key, according to Estey J., was where to draw the line. While the province is within its jurisdiction to investigate allegations or suspicions of specific crime with a view to enforcement of the criminal law by prosecution of particular individuals, it must do so in accordance with federally prescribed criminal procedure and not otherwise, as for example, by the inquiry process. Estey J. fleshed out this position in the following way, at p. 258:

Where the object is in substance a circumvention of the prescribed criminal procedure by the use of the enquiry technique with all the aforementioned serious consequences to the individuals affected, the provincial action will be invalid as being in violation of either the criminal procedure validly enacted by authority of s. 91(27), or the substantive criminal law, or both. Where, as I believe the case to be here, the substance of the provincial action is predominantly and essentially an enquiry into some aspects of the criminal law and the operations of provincial and municipal police forces in the Province, and not a mere prelude to prosecution by the Province of specific criminal activities, the provincial action is authorized under s. 92(14).

At this point of the analysis I should like to refer to a decision by the Court of Appeal for Ontario which provides further insight into the constitutional question raised by this appeal. The case of *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R.

Iorio n'est pas allé jusqu'à permettre à une action provinciale de porter atteinte à l'inviolabilité du droit de garder le silence au cours de ce qui en fait est une enquête criminelle. Aux pages 254 et 255,

a il dit:

Une enquête sur l'incidence des crimes ou sur l'ensemble des caractéristiques des crimes dans une province, ou une enquête sur le fonctionnement des forces de l'ordre provinciales sont des choses bien différentes d'une enquête sur un événement défini de façon précise ou sur une série d'événements, en vue d'intenter des poursuites criminelles. La première catégorie peut comprendre des enquêtes sur les crimes en général et on peut les entreprendre aux termes de la législation provinciale sur les enquêtes. La seconde catégorie exige qu'on enquête sur des crimes précis. Le Parlement a établi la procédure à cet égard et l'action provinciale aux termes de la législation générale sur les enquêtes ne saurait pas plus y faire échec que dans le cas des principes fondamentaux du droit criminel.

Selon le juge Estey, la solution est de déterminer où se situe la limite. Bien que la province soit compétente pour enquêter sur des allégations ou des soupçons de crime précis en vue d'appliquer le droit criminel par la poursuite de particuliers, elle doit le faire conformément aux procédures criminelles prescrites par le fédéral et non d'une autre manière, par exemple, par le processus de la commission d'enquête. Le juge Estey a étayé cette position de la manière suivante, à la p. 258:

Lorsque le but fondamental est de contourner la procédure criminelle prescrite par le moyen de l'enquête, avec, pour les personnes visées, toutes les graves conséquences susmentionnées, l'action provinciale est invalide car elle viole soit la procédure criminelle validement adoptée en vertu du par. 91(27), soit le droit criminel positif, soit les deux. Lorsque, comme je crois que c'est le cas en l'espèce, l'action provinciale est de façon prédominante et fondamentale une enquête sur des aspects du droit criminel et sur les activités des forces policières provinciales et municipales, et non un simple prélude à des poursuites intentées par la province pour activités criminelles précises, l'action provinciale est autorisée par le par. 92(14).

À ce stade de l'analyse, je tiens à mentionner un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui jette plus de lumière sur la question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi. L'arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694,

(2d) 694, concerned a prosecution for predatory pricing under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Martin J.A. reviewed the three decisions by this Court that I have just analyzed and stated the following at p. 724:

It is well established that a Province may create provincial agencies such as coroners, fire marshalls, securities commissions and commissions of inquiry and endow them with the power to summon witnesses and compel them to give evidence under oath in an inquiry conducted for a valid provincial purpose, notwithstanding that any witness required to give evidence may potentially be a defendant in a subsequent criminal proceeding

The investigation of most crime is, however, conducted by the police acting principally under their common law powers and statutory powers of search and seizure and electronic surveillance, occasionally assisted in their investigation by the fruits of inquiries such as those mentioned above. The police are entitled to question any person, whether suspected or not, in order to ascertain whether a crime has been committed, and if so, to discover the person who committed it. The police, while they are entitled to question suspects have, in general, no power however, to compel answers.

Notwithstanding the overlapping between s. 91(27) and s. 92(14), manifestly it would not be within provincial competence to enact legislation enabling a police officer to summon a suspect before an official and submit the suspect to compulsory examination under oath with respect to his involvement in a crime. Even though such legislation might be described as legislation in relation to the investigation of offences and thus appear to fall within the category of the administration of justice, such legislation in pith and substance would be legislation in relation to criminal procedure and thus within the exclusive competence of Parliament. [Emphasis added.]

Significantly, this overview by Martin J.A. was expressly endorsed by a majority of this Court in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 242. In my view, the interpretation given by Martin J.A. to the trilogy of cases I have analyzed thus far is consistent with the thread flowing throughout all of them: the inquiry process cannot be used by a province to investigate the alleged

portait sur une poursuite pour fixation de prix déraisonnablement bas, en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Le juge Martin a examiné les trois arrêts de notre Cour que je viens d'analyser et a dit à la p. 724:

[TRADUCTION] Il est bien établi qu'une province peut créer des agences provinciales comme les coroners, les commissaires aux incendies, les commissions des valeurs mobilières et les commissions d'enquête et leur accorder le pouvoir d'assigner des témoins et de les contraindre à déposer sous serment dans le cadre d'une enquête effectuée pour un objectif provincial valide, même si un témoin tenu de déposer peut être un défendeur dans une procédure criminelle subséquente

Toutefois, l'enquête sur la plupart des crimes est menée par des agents de police agissant principalement en vertu de leur pouvoir de common law et des pouvoirs de fouille, de perquisition et de surveillance électronique prévus par la loi, aidés à l'occasion dans leur enquête par le résultat de commissions d'enquête comme celles qui sont mentionnées précédemment. Les agents de police sont autorisés à interroger toute personne, soupçonnée ou non, pour vérifier si un crime a été commis et, dans l'affirmative, pour en découvrir l'auteur. Toutefois, bien que les agents de police soient, en général, autorisés à interroger des suspects, ils n'ont pas le pouvoir de les obliger à répondre.

Malgré le chevauchement des par. 91(27) et 92(14), il ne serait manifestement pas de la compétence de la province d'adopter une loi qui permettrait à un agent de police de convoquer un suspect devant un fonctionnaire et de l'obliger à répondre, sous serment, à un interrogatoire relatif à sa participation à une infraction. Même si une telle loi pouvait être décrite comme portant sur les enquêtes relatives à des infractions et donc apparemment relever de l'administration de la justice, une telle loi porterait en réalité sur la procédure en matière criminelle et relèverait donc de la compétence exclusive du Parlement. [Je souligne.]

Il faut signaler que cette vue d'ensemble du juge Martin a expressément été adoptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, à la p. 242. À mon avis, l'interprétation donnée par le juge Martin aux trois arrêts que j'ai analysés jusqu'à maintenant correspond à leur principe directeur commun: la commission d'enquête ne peut être utilisée par une

commission of specific criminal offences by named persons. The use of the inquiry process in that way, having regard for the ability to coerce those named individuals to testify, would in effect be circumventing the criminal procedure which is within the exclusive jurisdiction of Parliament.

My interpretation of the interplay between provincial inquiries and investigation of specific crimes has more recently been supported by the Ontario Court of Appeal in *Re Nelles and Grange, supra*. This case concerned a provincial inquiry into certain baby deaths at a Toronto hospital. While the effect of this decision has been raised as a separate ground of appeal by the appellants in the case at bar, I believe that it is of some note as regards the first constitutional question stated by this Court. The issue, on a stated case, was whether the Commissioner, Grange J., could express an opinion on who was responsible, whether by intent or by accident, for the baby deaths. In other words, to use the compendious expression, could he "name names"? The court held that he could not. In so deciding, the Court made the following important observation at pp. 215-16:

A public inquiry is not the means by which investigations are carried out with respect to the commission of particular crimes . . . Such an inquiry is a coercive procedure and is quite incompatible with our notion of justice in the investigation of a particular crime and the determination of actual or probable criminal or civil responsibility.

The court then quoted at length from the decision of Martin J.A. in *Hoffmann-La Roche Ltd., supra*, and went on to consider, at pp. 220-21, the effect of certain findings of fact, if made by the Commissioner:

What is important is that a finding or conclusion stated by the commissioner would be considered by the public as a determination and might well be seriously prejudicial if a person named by the commissioner as responsible for the deaths in the circumstances were to face such accusations in further proceedings. Of equal importance, if no charge is subsequently laid, a person found

province pour enquêter sur la perpétration alléguée d'infractions criminelles précises par des personnes nommées. Une telle utilisation de la commission d'enquête, compte tenu de la possibilité d'obliger ces personnes nommées à témoigner, aurait pour effet de contourner la procédure en matière criminelle qui relève de la compétence exclusive du Parlement.

Mon interprétation de l'interaction des commissions d'enquête provinciales et de la recherche de crimes précis a plus récemment reçu l'appui de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Nelles and Grange*, précité. Cette affaire visait une enquête publique provinciale sur des décès d'enfants survenus dans un hôpital de Toronto. Bien que l'effet de cet arrêt ait été soulevé à titre de moyen d'appel distinct par les appelants en l'espèce, je crois qu'il est pertinent en ce qui a trait à la première question constitutionnelle formulée par notre Cour. La question, présentée par voie d'exposé de cause, était de savoir si le commissaire, le juge Grange, pouvait exprimer une opinion quant à savoir qui était responsable, intentionnellement ou accidentellement, du décès des enfants. En d'autres termes, pour utiliser l'expression concise, pouvait-il «donner des noms»? La cour a conclu qu'il ne pouvait le faire. Dans sa décision, la cour a fait cette observation importante aux pp. 215 et 216:

[TRADUCTION] Une enquête publique n'est pas le moyen de mener des enquêtes sur la perpétration de crimes précis [. . .] Une telle enquête est une procédure coercitive et elle est incompatible avec notre notion de justice dans la recherche d'un crime précis et quant à la détermination de la responsabilité civile ou criminelle réelle ou probable.

La cour a ensuite largement cité les motifs du juge Martin dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd.*, précité, et a examiné, aux pp. 220 et 221, l'effet de certaines conclusions de fait que le commissaire pourrait tirer:

[TRADUCTION] Ce qui importe c'est qu'une conclusion du commissaire serait considérée comme une décision par le public et serait susceptible de causer un préjudice grave si une personne nommée par le commissaire comme étant responsable du décès dans les circonstances devait faire face à des accusations dans d'autres procédures. Ce qui importe tout autant, c'est que, si aucune

responsible by the commissioner would have no recourse to clear his or her name

Further, it is a reasonable inference that a person intends the natural consequences of his acts and such a finding as that referred to against a nurse in this case would leave nothing further to be said to amount to a conclusion forbidden by the Order in Council.

Although the constitutional validity of the Order in Council was not in issue, the interpretative limitations which were imposed by the court were designed to ensure that it stayed within provincial jurisdiction.

Finally, my analysis of judicial precedent ends with a review of the most recent decision of this Court in this area, *O'Hara v. British Columbia, supra*. This case concerned a provincial inquiry investigating alleged injuries sustained by a prisoner while in custody at a police station. A hearing under the provincial *Police Act*, R.S.B.C. 1979, c. 331, had cleared the police of any wrongdoing, and therefore the inquiry was established to investigate and report on, among other things, the factors surrounding the detention of the prisoner, how he sustained the injuries, who inflicted them and whether there were any irregularities or wrongdoing in respect of the hearing under the *Police Act*. The only person named in the terms of reference was the prisoner. The Chief Justice delivered the majority judgment of this Court upholding the constitutionality of the inquiry. In so doing, he explicitly recognized, at p. 607, that "A province must respect federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure". The Chief Justice agreed with the decision of Legg J. of the British Columbia Supreme Court who held that s. 92(14) authorizes a province to establish an inquiry to investigate and report on alleged wrongdoing committed by members of a police force under its jurisdiction. In this respect he went on to hold at pp. 607-08 that:

Section 92(14) not only authorizes the establishment of provincial commissions of inquiry in certain circumstances, but also grounds provincial jurisdiction over the

accusation n'était portée par la suite, la personne déclarée responsable par le commissaire n'aurait aucun recours pour défendre sa réputation . . .

En outre, on peut raisonnablement déduire qu'une personne a l'intention que se réalisent les conséquences naturelles de ses actes et une conclusion défavorable à une infirmière, comme en l'espèce, équivaudrait sans plus à une conclusion interdite par le décret.

b Bien que la question de la constitutionnalité du décret n'ait pas été soulevée, les limites interprétatives imposées par la cour avaient pour but de garantir qu'il reste dans les limites de la compétence provinciale.

Finale­ment, je termine mon analyse de la jurisprudence par un examen de l'arrêt le plus récent de notre Cour dans ce domaine, *O'Hara c. Colombie-Britannique*, précité. Il s'agissait d'une enquête provinciale sur des blessures qu'aurait subies un détenu alors qu'il était sous garde dans un poste de police. Une audience tenue en vertu de la *Police Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 331, avait blanchi la police à l'égard de tout méfait et, par conséquent, la commission d'enquête était chargée d'enquêter et de faire rapport, notamment, sur les facteurs entourant la détention du prisonnier, sur la manière dont il avait subi les blessures, sur les personnes qui les avaient infligées et sur la question de savoir s'il y avait eu des irrégularités ou des méfaits relativement à l'audience tenue en vertu de la *Police Act*. Le détenu était la seule personne nommée dans le mandat. Le Juge en chef a rendu le jugement au nom de la majorité de notre Cour confirmant la constitutionnalité de l'enquête. Ainsi, il a explicitement reconnu à la p. 607 qu'«Une province doit respecter la compétence fédérale relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle». Le Juge en chef a fait sienne la décision du juge Legg de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui avait conclu que le par. 92(14) autorisait une province à établir une commission pour enquêter et faire rapport sur les méfaits allégués de membres d'un corps de police relevant de sa compétence. À cet égard, il a ensuite conclu aux pp. 607 et 608:

Le paragraphe 92(14) autorise non seulement la création de commissions d'enquête provinciales dans certaines circonstances, mais constitue également le fonde-

appointment, control and discipline of municipal and provincial police officers.

Furthermore, at pp. 610-11 the Chief Justice expanded on the grounds for holding the inquiry to be within provincial competence by placing the discussion in the context of general division of powers adjudication:

A matter may well fall within the legitimate concern of a provincial legislature as pertaining to the administration of justice, and may, for another purpose, fall within the scope of federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure . . . Such is the case in the present appeal . . . A province has a valid and legitimate constitutional interest in determining the nature, source and reasons for inappropriate and possibly criminal activities engaged in by members of police forces under its jurisdiction. At stake is the management of the means by which justice is administered in the province. That such activity may later form the basis of a criminal charge and thus engage federal interests in criminal law and criminal procedure, does not, in my view, undermine this basic principle . . . the present inquiry is aimed at getting to the bottom of an incident of police misconduct which has undermined the proper administration of justice. The federal authorities have no jurisdiction over the discipline of the police officers who are the subject of the inquiry . . . The inquiry is mandated to investigate alleged acts of wrongdoing for purposes different from those which underlie criminal law and criminal procedure. The purpose of the inquiry is not to determine criminal responsibility. As such, it is no different from a coroner's inquiry, the constitutionality of which was affirmed by this Court in *Faber, supra*.

In my view, this passage from the judgment of the Chief Justice reconciles to a large extent the cases that have gone before in this area, while adhering to well established principles of adjudication in the context of division of powers. The comments of the Chief Justice recognize that there may be a "double aspect" to a commission of inquiry. There will be cases, however, where the Court is able to identify a predominant feature that outweighs the competing, incidental aspect. In *Keable* for example, while the Commission was empowered to investigate certain alleged criminal acts committed by police forces, its focus was on methods of police

ment du pouvoir provincial en matière de nomination, de surveillance et de discipline des agents de police municipaux et provinciaux.

^a En outre, aux pp. 610 et 611, le Juge en chef a expliqué les motifs qui lui ont permis de conclure que l'enquête relevait de la compétence provinciale en plaçant la discussion dans le contexte d'une décision générale sur le partage des pouvoirs:

^b Une matière peut très bien faire légitimement l'objet de mesures législatives provinciales relatives à l'administration de la justice et, pour d'autres fins, relever de la compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle. [. . .] C'est le cas en l'espèce [. . .]

^c Une province a un intérêt constitutionnel valide et légitime pour déterminer la nature, la source et les motifs des activités répréhensibles, voire criminelles, exercées par les membres des corps de police qui relèvent de sa compétence. C'est la gestion des moyens d'administrer

^d la justice dans la province qui est en jeu. À mon avis, le fait qu'une telle activité puisse par la suite constituer le fondement d'une accusation criminelle et ainsi toucher les intérêts du gouvernement fédéral relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, ne porte pas atteinte à ce principe fondamental. [. . .] [L]e but de la présente enquête est d'aller jusqu'au fond d'un cas de mauvaise conduite de la part de la police qui a porté atteinte à la bonne administration de la justice. Les autorités fédérales n'ont pas compétence pour imposer des mesures disciplinaires aux agents de police visés par l'enquête. [. . .] La commission d'enquête est chargée d'enquêter sur de présumés méfaits pour des fins différentes de celles qui sous-tendent le droit criminel et la procédure en matière criminelle. L'enquête n'a pas pour but de déterminer la responsabilité criminelle.

^e

^f Comme tel, ce but n'est pas différent de celui de l'enquête d'un coroner dont la constitutionnalité a été confirmée par cette Cour dans l'arrêt *Faber*, précité.

^g

À mon avis, cet extrait des motifs du Juge en chef permet dans une large mesure de concilier la jurisprudence antérieure dans ce domaine, tout en adhérant aux principes bien établis en matière de décisions concernant le partage des pouvoirs. Le Juge en chef, dans ses observations, reconnaît qu'une commission d'enquête peut avoir un «double aspect». Toutefois, il y a des cas dans lesquels la Cour est en mesure d'identifier une caractéristique prédominante qui prévaut sur l'aspect accessoire contraire. Par exemple, dans l'arrêt *Keable*, la Commission avait le pouvoir d'enquêter sur certains actes criminels allégués avoir été

ⁱ

^j

investigation, improprieties in relation thereto and recommendations for ensuring that the reprehensible acts were not repeated. Similarly, in *O'Hara* the Chief Justice identified, at p. 610, the "management of the means by which justice is administered in the province" as the predominant feature of the inquiry.

Additionally, the Chief Justice in *O'Hara*, while upholding an inquiry into a specific incident, the conclusions of which may have led to criminal charges, explicitly made clear that the inquiry was *intra vires* the province because it did not serve to affix criminal responsibility to a particular individual. Rather, it was more generally concerned with police misconduct. Of some note is the fact that in *O'Hara* a hearing under the *Police Act* in relation to the incident at issue exonerated the police of any wrongdoing. There was no ongoing independent police investigation into possible criminal charges. Finally, and in my view an element of the decision that is of great importance, is the following *caveat* found at pp. 611-12:

... a province may not interfere with federal interests in the enactment of and provision for a uniform system of criminal justice in the country as embodied in the *Criminal Code*. An inquiry enacted solely to determine criminal liability and to bypass the protection accorded to an accused by the *Criminal Code* would be *ultra vires* of a province, being a matter relating to criminal law and criminal procedure. This limitation on provincial jurisdiction is an acknowledgement of the federal nature of our system of self-government. [Emphasis added.]

This limitation is reminiscent of the language used by Dickson J. (as he then was) in *Di Iorio*, and that of Estey J. in his concurring reasons in *Keable*. In sum then, the decision in *O'Hara* speaks as much to the limitations on provincial commissions of inquiry as it does to their breadth. The judgment is a clear affirmation of the view that the pith and substance of a commission must be firmly anchored to a provincial head of power, and that it cannot be used either purposely or

commis par des forces de police mais elle avait axé principalement son examen sur les méthodes d'enquête policière, les abus relatifs à celles-ci et des recommandations visant à assurer que les actes ^a répréhensibles ne se reproduiraient pas. De même, dans l'arrêt *O'Hara*, le Juge en chef a identifié, à la p. 610, «la gestion des moyens d'administrer la justice dans la province» comme la caractéristique ^b prédominante de l'enquête.

De plus, le Juge en chef dans l'arrêt *O'Hara*, tout en confirmant l'enquête sur un incident précis, dont les conclusions auraient pu entraîner des accusations criminelles, a indiqué clairement que ^c l'enquête était *intra vires* de la province parce qu'elle ne permettait pas d'attribuer une responsabilité criminelle à une personne en particulier. En fait, elle portait plutôt d'une manière générale sur ^d la conduite répréhensible de la police. Il convient de remarquer que, dans l'arrêt *O'Hara*, une audience tenue en vertu de la *Police Act* relativement à l'incident visé avait exonéré la police de tout méfait. Il n'y avait pas d'enquête policière ^e indépendante en cours sur la possibilité de porter des accusations criminelles. Finalement, à mon avis, l'avertissement suivant, aux pp. 611 et 612, constitue un élément très important de la décision:

... une province ne peut porter atteinte aux intérêts du gouvernement fédéral en matière d'adoption et de mise sur pied d'un système uniforme de justice criminelle au pays tel que prévu dans le *Code criminel*. Une enquête instituée uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle et pour contourner la protection que le *Code criminel* accorde à un accusé outrepasserait les pouvoirs d'une province, car il s'agirait d'une matière relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Cette limite à la compétence provinciale constitue la reconnaissance de la nature fédérale de notre système ^h d'autonomie gouvernementale. [Je souligne.]

Cette restriction rappelle les termes utilisés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Di Iorio* et à ceux du juge Estey dans ses motifs concordants de l'arrêt *Keable*. En somme, l'arrêt *O'Hara* vise autant les limites des commissions d'enquête provinciales que leur étendue. L'arrêt affirme clairement que le sujet véritable de l'enquête doit être fermement ancré à un chef de compétence provinciale et qu'elle ne peut être utilisée directement ou indirectement comme un

through its effect, as a means to investigate and determine the criminal responsibility of specific individuals for specific offences.

Application of the Principles to the Case at Bar

Despite the length of the preceding analysis of jurisprudence, the applications of the principles to the present case are, in my view, quite straightforward. I prefer at the outset to state my general conclusions. In my view the commission of inquiry before this Court is, in pith and substance, a substitute police investigation and preliminary inquiry into a specific offence defined in s. 121 of the *Criminal Code*, alleged to have been committed by one or both of the named individuals, Patricia Starr and Tridel Corporation Inc. This is not to say that an inquiry's terms of reference may never contain the names of specific individuals. Rather, it is the combined and cumulative effect of the names together with the incorporation of the *Criminal Code* offence that renders this inquiry *ultra vires* the province. The terms of reference name private individuals and do so in reference to language that is virtually indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision. Those same terms of reference require the Commissioner to investigate and make findings of fact that would in effect establish a *prima facie* case against the named individuals sufficient to commit those individuals to trial for the offence in s. 121 of the *Code*. The net effect of the inquiry, although perhaps not intended by the province, is that it acts as a substitute for a proper police investigation, and for a preliminary inquiry governed by Part XVIII of the *Code*, into allegations of specific criminal acts by Starr and Tridel Corporation Inc. While public officials are involved within the scope of the inquiry, the investigation of them is defined in terms of whether they had dealings with Ms. Starr or Tridel Corporation Inc., and is therefore incidental to the main focus of the Commissioner's mandate.

I now proceed to a detailed analysis providing support for these conclusions. In pursuing this analysis, the proper place to start is with the terms of reference of the inquiry. I note, once again, that a unique aspect of this inquiry is that the appellants, Ms. Starr and Tridel Corporation Inc., are

moyen d'enquêter sur la responsabilité criminelle de personnes précises à l'égard d'infractions précises.

Application des principes à l'espèce

Malgré la longueur de l'analyse jurisprudentielle qui précède, l'application des principes à l'espèce me paraît assez simple. Je préfère donner mes conclusions dès le départ. À mon avis, la commission d'enquête dont le cas est soumis à notre Cour est, de par son caractère véritable, un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire sur une infraction précise définie à l'art. 121 du *Code criminel*, reprochée à l'une ou l'autre ou l'une et l'autre des personnes désignées, qui sont Patricia Starr et Tridel Corporation Inc. Cela ne veut pas dire qu'un mandat d'enquête ne peut jamais comporter le nom de personnes précises. C'est plutôt l'effet combiné et cumulatif des noms et de l'incorporation de l'infraction visée au *Code criminel* qui rend l'enquête *ultra vires* de la province. Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la disposition correspondante du *Code criminel*. Le même mandat enjoint au commissaire de faire enquête et de constater des faits qui constitueraient en réalité, contre les personnes désignées, une preuve *prima facie* suffisante pour obtenir le renvoi de ces personnes à leur procès pour infraction à l'art. 121 du *Code*. Même si la province n'a peut-être pas visé ce résultat, l'enquête a pour conséquence ultime d'équivaloir à une enquête de police et à une enquête préliminaire régie par la Partie XVIII du *Code*, relativement à des infractions criminelles précises reprochées à M^{me} Starr et à Tridel Corporation Inc. Bien que des fonctionnaires publics soient aussi visés par le mandat de la Commission, l'enquête à leur sujet est définie en fonction de leurs rapports avec M^{me} Starr ou Tridel Corporation Inc. et elle est accessoire à l'objet principal du mandat du commissaire.

Je procéderai maintenant à une analyse détaillée qui permettra d'étayer ces conclusions. Dans cette analyse, il faut commencer par le mandat de la commission d'enquête. Je souligne, encore une fois, que cette enquête se distingue des autres en ce que le mandat désigne expressément les appelants

named in the terms of reference. This fact alone distinguishes the present case from the other cases this Court has had to decide. Furthermore, there seems to be a complete absence of any broad, policy basis for the inquiry. This is not, for example, a commission of inquiry into the relationship of charities and public officials. There is no express mandate for the Commissioner to inquire into anything other than the specific allegations of the relationship between dealings by public officials with the two named individuals and any benefits that may have been conferred to the officials. I recognize that the governing statute does refer to inquiries connected generally with the "good government of Ontario", and that the present inquiry's terms of reference includes the familiar limitation that the Commissioner cannot draw any conclusions as to criminal responsibility. But surely it is from all the surrounding circumstances of the establishment of the inquiry and from the terms of reference themselves that this Court must determine whether in pith and substance the inquiry deals with a legitimate provincial concern. As we know from general division of powers jurisprudence, form alone does not control characterization: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Taxation Reference)*, [1939] A.C. 117. It is in this regard that the doctrine of "colourability" comes into play. The doctrine is invoked when a law looks as though it deals with a matter within jurisdiction, but in essence is addressed to a matter outside jurisdiction. The following statement of Pigeon J. in *Keable, supra*, at p. 242, is especially apposite the present appeal:

The doctrine of colourability is just as applicable in adjudicating on the validity of a commission's term of reference or decisions as in deciding on the constitutional validity of legislation.

The respondent argues that this inquiry falls within the language used by the Law Reform Commission of Canada in its Report 13, *Advisory and Investigatory Commissions* (1979). At page 6 of its Report, the Commission states:

M^{me} Starr et Tridel Corporation Inc. Ce fait différencie l'espèce de toutes les autres affaires que notre Cour a été appelée à juger. De plus, il semble n'y avoir absolument aucun principe général sous-jacent à l'enquête. Il ne s'agit pas, par exemple, d'une commission d'enquête sur les liens entre les organismes charitables et les fonctionnaires publics. Le commissaire n'a pas le mandat exprès de faire enquête sur autre chose que des allégations précises d'un lien qui existerait entre des relations d'affaires intervenues entre des fonctionnaires publics et les deux personnes et les avantages qui peuvent avoir été conférés à ces fonctionnaires publics. Je reconnais que la loi applicable parle d'enquêtes qui se rapportent à «la bonne administration de l'Ontario» et que le mandat relatif à la présente enquête comporte la restriction habituelle selon laquelle le commissaire ne peut tirer de conclusion sur la responsabilité criminelle. Mais il est certain que c'est à partir des circonstances qui ont donné lieu à la création de la Commission et du mandat lui-même, que notre Cour doit déterminer si le sujet véritable de l'enquête relève d'un domaine de compétence provinciale. Comme nous l'enseigne la jurisprudence sur le partage des compétences, la forme seule n'est pas déterminante de cette caractérisation: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bank Taxation Reference)*, [1939] A.C. 117. C'est alors que la théorie du «détournement de pouvoir» intervient. Cette théorie s'applique quand une loi qui semble porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement, porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence. L'extrait qui suit des motifs du juge Pigeon dans l'arrêt *Keable*, précité, à la p. 242, est particulièrement adapté au présent pourvoi:

La théorie du détournement de pouvoir s'applique tout autant à l'examen de la validité du mandat ou des décisions d'une commission qu'à celui de la constitutionnalité d'une loi.

L'intimé soutient que la présente enquête correspond à la définition que donne la Commission de réforme du droit du Canada dans son 13^e rapport, *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (1979). La Commission dit, à la p. 6

Investigatory commissions, like advisory commissions, supplement the mainstream institutions of government by performing tasks which these institutions may do less well. Often investigatory commissions are examining government itself.

This observation is certainly pertinent in the context of many inquiries. In *Keable* and *O'Hara* for example, both commissions of inquiry dealt with police misconduct, a matter that the criminal process may have difficulty dealing with because of the potential for conflict of interest. Indeed, in *O'Hara*, an internal police investigation exonerated the police of any wrongdoing. In the present inquiry, however, a police investigation was ongoing and there are no allegations on the record suggesting that the investigation was the subject of any political interference, or that it was having any difficulty in proceeding. The respondent cites the statement of the Premier upon establishing the inquiry as support for a valid provincial purpose. It is somewhat ironic that the Premier's statement would be used as support for the competence of the province to establish this inquiry since the Premier explicitly stated that part of the reason for creating the inquiry was to ensure that "those who have erred will be punished, and those who have broken the law will be prosecuted". Further, from the record of the legislative debates it is clear that up until two days before the inquiry was established, the Premier rested on the fact that a number of independent investigations, including one by the provincial police force, were ongoing.

Counsel for the Government of Ontario also argued that a broader policy objective is present in this inquiry that distinguishes it from a substitute police investigation. He referred to public confidence in the behaviour and performance of public officials, elected and unelected, and to the integrity and sufficiency of the legal regime governing the conduct of civil servants and members of the Legislature. Unfortunately, the terms of reference of the inquiry do not bear out this broader policy objective. The terms of reference simply make no mention of an examination of the overall system

Les commissions d'enquête, comme les commissions consultatives, apportent un complément aux institutions ordinaires du gouvernement en accomplissant des tâches que celles-ci rempliraient sans doute moins bien. Bien souvent, les commissions font enquête sur le gouvernement lui-même.

Cette remarque s'applique certainement à de nombreuses enquêtes. Dans les arrêts *Keable* et *O'Hara*, par exemple, les commissions d'enquête visaient dans les deux cas des agissements répréhensibles de policiers, sujet que le système de justice criminelle peut avoir de la difficulté à traiter en raison de la possibilité de conflits d'intérêt. En réalité, dans l'affaire *O'Hara*, une enquête interne de police n'avait rien trouvé à reprocher aux agents de police. En l'espèce, par contre, il y avait une enquête policière en cours et le dossier ne comporte aucune allégation que l'enquête était l'objet d'influences politiques ou qu'elle comportait des difficultés. L'intimé invoque la déclaration du premier ministre à l'occasion de la création de la commission d'enquête pour étayer l'argument de l'existence d'un objet provincial valide. Il est assez ironique que l'on invoque la déclaration du premier ministre pour étayer la compétence de la province pour créer la commission d'enquête alors que le premier ministre a dit explicitement que l'un des objets de la Commission était d'assurer que [TRANSDUCTION] «ceux qui ont commis des erreurs seront punis et ceux qui n'ont pas respecté la loi seront poursuivis». De plus, la transcription des débats de l'Assemblée législative indique clairement que, jusqu'à deux jours avant la création de la commission d'enquête, le premier ministre invoquait le fait que de nombreuses enquêtes étaient en cours, dont l'une menée par la police provinciale.

L'avocat du gouvernement de l'Ontario a aussi soutenu que l'enquête en l'espèce avait un objet plus général qui la différenciait d'une enquête de police. Il a parlé de la confiance du public envers le comportement et la conduite des fonctionnaires publics, élus et non élus, l'intégrité et la valeur du régime juridique qui régit le comportement des fonctionnaires et des députés de l'Assemblée législative. Malheureusement, le mandat de la commission d'enquête ne comporte pas cet objet plus général. Le mandat ne mentionne tout simplement pas l'examen de l'ensemble du système qui régit le

governing how government officials deal with charities specifically, or with respect to outside interests generally. Indeed, although public officials are within the scope of the inquiry, the investigation of them depends upon whether they have had dealings with the named individuals, neither of whom are public officials.

In sum then, I find unpersuasive the argument that this inquiry is solidly anchored in s. 92(4), (7), (13) or (16) of the *Constitution Act, 1867*. There is nothing on the surface of the terms of reference or in the background facts leading up to the inquiry to convince me that it is designed to restore confidence in the integrity and institutions of government or to review the regime governing the conduct of public officials. Any such objectives are clearly incidental to the central feature of the inquiry, which is the investigation and the making of findings of fact in respect of named individuals in relation to a specific criminal offence. It is to that aspect of my analysis that I now turn.

At the outset, I wish to emphasize that I do not rely on any one fact, viewed independently, to conclude that this particular inquiry is *ultra vires* the province. The process of characterization in division of powers adjudication is not a formalistic or technical exercise. Rather, the exercise is designed to identify the true nature and character of the law by looking at its overall purpose and effect. Indeed, the characterization of a law demands a holistic rather than a "check-list" approach. In my view, there are two key facts, whose combined and cumulative effect, lead me to the conclusion that this inquiry is in effect a substitute criminal investigation and preliminary inquiry. First, the only named parties are two private individuals, one being a corporation, who have been singled out for investigation. Unlike *O'Hara*, where the named individual was the victim of alleged misconduct, the present inquiry names individuals who are the alleged perpetrators of the misconduct. Second, the investigation of these two named individuals is in the context of a mandate that, as recognized by the Court of

comportement des fonctionnaires publics envers les organismes de charité en particulier ou envers tous les autres. En réalité, bien que des fonctionnaires publics soient visés par l'enquête, l'investigation de leurs agissements dépend de ce qu'ils ont eu ou n'ont pas eu de relations d'affaires avec les deux personnes nommément désignées, qui ni l'une ni l'autre ne sont des fonctionnaires publics.

En résumé, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel l'enquête en l'espèce est solidement ancrée aux par. 92(4), (7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'y a rien dans la formulation même du mandat, ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête, qui me convainque qu'elle vise à rétablir la confiance en l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis. Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise. J'aborderai maintenant cet aspect de mon analyse.

En commençant, je veux souligner que je ne me fonde sur aucun fait particulier, considéré isolément, pour conclure que l'enquête visée est *ultra vires* de la province. Le processus de qualification dans le domaine du partage des pouvoirs n'est pas un exercice technique ou formaliste. Il s'agit plutôt de déterminer la nature et le caractère véritables de la loi en examinant son objet global et ses effets. En réalité, la qualification d'une loi fait appel à une méthode holistique plutôt qu'à une méthode analytique. À mon avis, il y a deux facteurs dont l'effet combiné et cumulatif m'amène à conclure que cette enquête est en réalité un substitut d'enquête criminelle et d'enquête préliminaire. Premièrement, les seules parties nommées sont deux personnes privées, dont l'une est une société commerciale, qui ont été spécifiquement désignées comme objet de l'enquête. À la différence de l'affaire *O'Hara*, dans laquelle la personne désignée était la victime des actes reprochés, la présente enquête désigne les personnes qui seraient les auteurs des actes répréhensibles. Deuxièmement, l'enquête visant les deux personnes

Appeal for Ontario, bears a “striking resemblance” to s. 121(1)(b) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that the crucial difference between the terms of reference and the *Code* provision rested in five words that are present in s. 121 but which are missing from the terms of reference. An individual commits an offence under s. 121 if, having dealings of any kind with the government, he or she pays a commission or reward or confers a benefit upon an employee or official of the government with respect to those dealings. The Court of Appeal reasoned that the terms of reference do not provide mandate for the Commissioner to determine whether the *nexus* between the dealings and the benefits exists. The Court of Appeal concluded that since the Commissioner does not draw a conclusion as to whether a benefit was conferred with respect to the dealings of the named individuals and the public officials, no conclusion of law regarding criminal responsibility need be drawn.

With the greatest of respect for the Court of Appeal, I cannot agree with its analysis. The reasoning of the court simply does not, in my view, conform with what the terms of reference actually require the Commissioner to do. First, the wording of the terms of reference makes it obvious that s. 121(1)(b) of the *Code* has virtually been incorporated into the mandate of the inquiry. The language is simply too similar for any other conclusion to be drawn. Second, the structure of the terms of reference itself suggests that a *nexus* exists between the dealings and benefits. In the first paragraph of the terms of reference the Commissioner is asked to investigate the nature and extent of any dealings between Ms. Starr, Tridel Corporation Inc. and any elected or unelected public officials. The second paragraph of the terms of reference asks the Commissioner to inquire and report on any such circumstances or dealings, i.e., dealings identified under the first paragraph, where, in his opinion, there is sufficient evidence that a benefit, advantage or reward of any kind was conferred upon an elected or unelected public official. This may well lead to a conclusion of contemporaneity between the dealings and the

désignées se situe dans le cadre d'un mandat qui, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a constaté, ressemble de «façon frappante» à l'al. 121(1)(b) du *Code criminel*. La Cour d'appel a statué que la différence déterminante entre le mandat et la disposition du *Code* tient à huit mots que comporte l'art. 121, mais qui ne figurent pas dans le mandat. En vertu de l'art. 121, commet une infraction quiconque, selon le cas, traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou récompense, confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature à un employé ou fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite à l'égard de ces relations d'affaires. La Cour d'appel pensait que le mandat n'autorisait pas le commissaire à dire s'il existait un lien entre les relations d'affaires et les bénéfices. La Cour d'appel a donc conclu que, puisque le commissaire ne tire pas de conclusion sur le point de savoir si un avantage a été conféré à l'égard des relations d'affaires des personnes désignées et des fonctionnaires publics, il n'a pas besoin de tirer de conclusion de droit relativement à la responsabilité criminelle.

Avec égards pour la Cour d'appel, je ne puis souscrire à cette analyse. À mon avis, le raisonnement de la cour ne correspond tout simplement pas à ce que le mandat exige du commissaire. D'abord, la rédaction du mandat montre clairement qu'on y a presque incorporé l'al. 121(1)(b) du *Code*. La formulation est trop semblable pour permettre de conclure autre chose. Deuxièmement, la facture du mandat lui-même laisse supposer qu'il existe un lien entre les relations d'affaires et les avantages. Dans le premier paragraphe du mandat, le commissaire est chargé d'enquêter sur la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre M^{me} Starr, Tridel Corporation Inc. et des fonctionnaires publics élus ou non élus. Le deuxième paragraphe du mandat charge le commissaire de faire enquête et rapport sur toutes ces circonstances ou relations d'affaires, c.-à-d. les relations d'affaires découvertes en vertu du premier paragraphe, à l'égard desquelles, à son avis, il est établi qu'un bénéfice, un avantage ou une récompense quelconque a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu. On pourrait bien en conclure qu'il y a contemporanéité entre les relations d'affaires et les avantages, conclusion qui, faute d'explication, établirait avec

benefits, an inference which, if unexplained, would clearly establish that the person having dealings with the official conferred a benefit with respect to those dealings. A plain reading of the terms of reference, in my view, clearly establishes that the conclusions drawn by the Commissioner will necessarily include a finding of a *nexus* between the dealings identified and any benefits that he finds were conferred to public officials. That is, essentially, the offence defined by s. 121(1)(b). It is true, as the Court of Appeal points out, that nowhere in paragraph two of the terms of reference are the specific words "with respect to those dealings" used. But this is not to say that there is no relationship between dealings and benefits. An analysis of the structure of the terms of reference reveals, in my respectful view, that the *nexus* is clearly there.

This Court considered s. 121(1)(b) of the *Code* in *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. A majority of the Court held that a necessary ingredient of the offence is proof of an intention to confer benefits with respect to the dealings between the individuals. It could be argued that since the Commissioner is not asked to make findings of fact as regards the intent to confer benefits with respect to certain dealings, he is not determining criminal responsibility. There are two responses to this argument. First, a finding of the element of intent, once the findings of fact are made regarding the existence of dealings and benefits, is almost an irresistible inference. It is a well known reasonable inference in our law that persons can be presumed to have intended the natural consequences of their acts. For example, in *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, Laidlaw J.A. for a majority of the Court of Appeal for Ontario was prepared to draw the inference that an accused, charged with corruptly offering an agent a reward for doing or forbearing to do any act relating to the affairs of his principal, intended to contravene the provision solely from the act of giving the consideration.

Second, it is not necessary for the Commissioner to make findings of guilt in the true sense of the

certitude que la personne qui a eu des relations d'affaires avec les fonctionnaires publics a conféré un avantage à l'égard de ces relations d'affaires. Dans son sens ordinaire, le mandat signifie nettement, à mon avis, que le commissaire doit nécessairement dire s'il y a un lien entre les relations d'affaires et tout avantage qu'il constatera avoir été conféré. C'est essentiellement l'infraction définie à l'al. 121(1)b). Il est vrai, comme la Cour d'appel l'a souligné, que le deuxième paragraphe du mandat ne comporte pas les mots «à l'égard de ces relations d'affaires». Il ne s'ensuit pas qu'il n'y a pas de rapport entre les relations d'affaires et les avantages. L'analyse de la facture du mandat révèle, selon moi, que le lien est clairement présent.

Notre Cour a analysé l'al. 121(1)b) du *Code* dans l'arrêt *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. La Cour, à la majorité, a statué que l'intention, pour les personnes, de conférer des avantages à l'égard des relations d'affaires est un élément essentiel de l'infraction. On pourrait soutenir que, puisque le commissaire n'a pas été chargé de tirer des conclusions de fait relativement à l'intention de conférer des avantages à l'égard de certaines relations d'affaires, il ne se prononce pas sur la responsabilité criminelle. On peut réfuter cet argument de deux façons. D'abord, la conclusion à l'existence de l'élément d'intention, après les conclusions de fait tirées relativement à l'existence de relations d'affaires et d'avantages, est presque une conclusion nécessaire. Selon notre droit, on peut raisonnablement conclure qu'une personne avait l'intention que se réalisent les conséquences normales de ses actes. Ainsi, dans l'arrêt *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, le juge Laidlaw, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, était prêt à inférer qu'un accusé inculpé d'avoir offert, par corruption, à un mandataire une récompense pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose ayant trait aux affaires de son mandant, avait eu l'intention de contrevenir à la disposition du seul fait d'avoir donné la contrepartie.

En second lieu, il n'est pas nécessaire que le commissaire arrive à des conclusions relativement

word for the inquiry to be *ultra vires* the province. It suffices if the inquiry is in effect a substitute police investigation and preliminary inquiry into a specific allegation of criminal conduct by named, private citizens. In my view, the investigation the Commissioner is asked to undertake, and the findings of fact he will make as a result of his investigation, place him in a similar position as a judge conducting a preliminary inquiry under s. 535 of the *Criminal Code*. Section 535 of the *Code* reads as follows:

535. Where an accused who is charged with an indictable offence is before a justice, the justice shall, in accordance with this Part, inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence taken in accordance with this Part.

The Commissioner in this inquiry is, like the judge under s. 535, empowered to inquire into an allegation, founded on facts that are disclosed by the evidence. The "allegation" in the inquiry is framed in the terms of reference in language virtually identical to s. 121(1)(b) of the *Code*, linking Starr and Tridel Corporation Inc. to the alleged improper conduct. Under s. 548 (formerly s. 475) of the *Code*, the judge is empowered, when all the evidence has been taken, to order the accused to stand trial if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial. The duty imposed upon a judge in this section is the same as that governing a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is sufficient to justify the withdrawal of the case from the jury. Thus, an accused should be committed for trial where there is admissible evidence which could, if believed, result in a conviction: see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. The Commissioner in the inquiry before this Court is asked to make findings where in his opinion there is sufficient evidence that benefits were conferred in respect of certain dealings between Starr, Tridel Corporation Inc. and public officials. In my view, such findings, if made, would be sufficient to commit the named individual in the commission of inquiry for trial on a potential charge under s. 121(1)(b) of the *Code*.

à la culpabilité dans le sens véritable du terme pour que l'enquête soit *ultra vires* de la province. Il suffit que l'enquête soit de fait un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire relativement à une allégation précise de perpétration d'infractions criminelles par des personnes nommément désignées. À mon avis, l'enquête dont le commissaire est chargé et les constatations de fait qu'il fera après son enquête le placent dans la situation d'un juge procédant à une enquête préliminaire en vertu de l'art. 535 du *Code criminel*. L'article 535 est ainsi conçu:

535. Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant lui, le juge de paix doit, en conformité avec la présente partie, enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie conformément à la présente partie.

Dans la présente enquête, le commissaire a, comme le juge de paix en vertu de l'art. 535, le pouvoir d'enquêter sur une allégation fondée sur des faits révélés par la preuve. Dans le mandat, l'allégation est formulée presque dans les mêmes termes que l'al. 121(1)(b) du *Code* et elle fait un lien entre M^{me} Starr et Tridel Corporation Inc. et le comportement répréhensible allégué. En vertu de l'art. 548 (auparavant l'art. 475) du *Code*, le juge a le pouvoir, après avoir entendu la preuve, de renvoyer l'accusé à son procès s'il estime la preuve suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé à son procès. L'obligation que cet article impose au juge est la même que celle à laquelle le juge qui préside un procès avec jury est tenu lorsqu'il doit décider si l'état de la preuve exige qu'il retire l'affaire des mains du jury. Ainsi, un accusé doit être renvoyé à son procès quand il existe des éléments de preuve recevables qui, s'ils sont crus, pourraient entraîner sa déclaration de culpabilité: voir *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. Le commissaire en l'espèce est appelé à formuler des conclusions dans les cas où, à son avis, il y a assez d'éléments de preuve que des avantages ont été conférés à l'égard de certaines relations d'affaires entre M^{me} Starr, Tridel Corporation Inc. et des fonctionnaires publics. À mon avis, de telles conclusions, si elles étaient formulées, suffiraient pour renvoyer à leur procès les personnes désignées par la commission d'enquête sur une accusation d'infraction à l'al. 121(1)(b) du *Code*.

To allow this inquiry to continue as it is formulated, would result in the Commissioner's assimilating his role to that of judge presiding at a preliminary inquiry. In essence the inquiry is entering into the preliminary stages of the judicial criminal process by taking evidence, determining its sufficiency and ultimately deciding whether a *prima facie* case exists against either or both Starr and Tridel Corporation Inc. There is no doubt that a number of cases have held that inquiries whose predominant role it is to elucidate facts and not conduct a criminal trial are validly constituted even though there may be some overlap between the subject-matter of the inquiry and criminal activity. Indeed, it is clear that the fact that a witness before a commission may subsequently be a defendant in a criminal trial does not render the commission *ultra vires* the province. But in no case before this Court has there ever been a provincial inquiry that combines the virtual replication of an existing *Criminal Code* offence with the naming of private individuals while ongoing police investigations exist in respect of those same individuals. One of the implications for allowing the inquiry to go on in its present form is that the inquiry can compel a "witness" who is really one of the named "suspects" to answer questions under oath even though that person could not have been compelled to provide incriminating evidence against herself in the course of a regular police investigation, during the course of a preliminary inquiry under the *Code* (see s. 541) or during the course of a trial in which she is an accused. Williams J. put the matter quite succinctly in *Cock v. Attorney-General* (1909), 28 N.Z.L.R. 405, at p. 420:

In a Court of justice a person charged with an indictable offence cannot be called upon to give evidence. A person charged before the Commission, however, can be called and examined as a witness, and if he refuses to be sworn and to answer he is liable to a penalty.

At issue in *Cock* was a commission of inquiry established to investigate allegations that as many as five members of a licensing committee, who were not members of the public service, had received bribes. Williams J. held that the commis-

Permettre à l'enquête de se poursuivre selon son mandat actuel aurait pour effet que le commissaire assumerait le rôle d'un juge qui préside une enquête préliminaire. Essentiellement, l'enquête entame les stades préliminaires du processus judiciaire en recueillant des preuves, en déterminant si elles sont suffisantes et enfin en décidant s'il existe une preuve *prima facie* contre M^{me} Starr, contre Tridel Corporation Inc. ou contre les deux. Il n'y a pas de doute qu'il existe une jurisprudence sanctionnant la validité d'enquêtes dont la fonction principale est de déterminer des faits, mais non de mener un procès criminel, même si leur objet porte en partie sur une activité criminelle. En fait, il est manifeste que le risque qu'un témoin devant une commission d'enquête devienne plus tard un accusé dans son procès sur une accusation criminelle ne rend pas la commission *ultra vires* de la province. Mais dans aucune affaire antérieure, notre Cour n'a examiné une enquête provinciale qui comporte à la fois la reproduction presque textuelle de la définition d'une infraction au *Code criminel* et la désignation de personnes précises alors que des enquêtes policières sont en cours à l'égard des mêmes personnes. Laisser l'enquête continuer dans sa forme présente aurait notamment comme conséquence de lui permettre de contraindre un «témoin», qui se trouve être l'un des «suspects» désignés, à déposer sous serment alors même que cette personne ne serait pas tenue de fournir des éléments de preuve incriminants pour elle ni à l'occasion d'une enquête policière ordinaire, ni à l'occasion d'une enquête préliminaire en vertu du *Code* (voir l'art. 541), ni à son procès. Le juge Williams explique succinctement la situation dans l'arrêt *Cock v. Attorney-General* (1909), 28 N.Z.L.R. 405, à la p. 420:

[TRADUCTION] Dans une cour de justice, une personne inculpée d'un acte criminel n'est pas tenue de déposer. Une personne accusée par la Commission, par contre, peut être assignée et interrogée comme témoin et, si elle refuse de prêter serment et de répondre, elle est passible de sanctions.

L'affaire *Cock* portait sur une commission d'enquête établie pour examiner des allégations selon lesquelles cinq membres d'une commission de permis, qui n'étaient pas fonctionnaires, étaient soupçonnés d'avoir accepté des pots-de-vin. Le

sion should be prohibited from continuing, and at p. 425 stated:

... an inquiry into the alleged misconduct of a public officer is authorised by the Act. Such an inquiry is in order to ascertain whether he should be retained in the service, or dismissed, or be otherwise made subject to official discipline. Although the alleged misconduct amounted in law to a crime the Commissioner might nevertheless investigate it, because it would be merely incidental to a legitimate inquiry and necessary for the purpose of that inquiry. In the present case the real, and in effect the sole, object of the inquiry is to ascertain whether certain named individuals who occupy no official position have committed a specified offence. The inquiry would be virtually a trial for the offence without the protection that the law gives to accused persons.

In my view, the words of Williams J. are apposite in the present appeal, and provide eloquent support for the conclusion that the inquiry before this Court is *ultra vires* the province because it is in pith and substance a substitute investigation and preliminary inquiry of named individuals for a specific criminal offence. Counsel for the Government of Ontario suggested in oral argument that there were at least twenty-four provincial commissions of inquiry that either named individuals or involved investigations of criminal or potentially criminal activities. He could not, however, point to any instance in which an inquiry singled out and named individuals that were then made the subject of an investigation to determine whether a *prima facie* case existed against them in respect of a specific criminal offence.

There is no doubt that commissions of inquiry at both the federal and provincial level have played an important role in the regular machinery of government. Their history is well documented by numerous authors: Lockwood, "A History of Royal Commissions" (1967), 5 *Osgoode Hall L.J.* 172; Le Dain, "The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System", in Ziegel (ed.), *Law and Social Change*; Sellar, "A Century of Commissions of Inquiry" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 1; Macdonald, "The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law" (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366, and Christie and Pross, *Intro-*

juge Williams a conclu qu'il y avait lieu d'interdire à la commission de poursuivre ses travaux et il a dit à la p. 425:

[TRANSDUCTION] ... la Loi autorise la tenue d'une enquête sur les actes répréhensibles reprochés à un agent public. Cette enquête vise à déterminer s'il y a lieu de maintenir cet agent en fonction, de le renvoyer ou de lui imposer quelque autre sanction. Même si les actes reprochés constituent un acte criminel en droit, le commissaire peut quand même mener une enquête à leur sujet parce qu'ils sont accessoires à l'enquête légitime et nécessaires à ses fins. En l'espèce, la conséquence réelle et même le seul objet de cette enquête était de déterminer si des personnes désignées qui n'occupent pas de fonctions officielles ont commis une infraction précise. L'enquête constituerait, en pratique, un procès au sujet d'une infraction sans la protection que la loi confère aux accusés.

À mon avis, les propos du juge Williams s'appliquent au présent pourvoi et appuient éloquemment la conclusion que l'enquête en l'espèce est *ultra vires* de la province parce qu'elle est véritablement un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire visant des personnes désignées relativement à une infraction précise. L'avocat du gouvernement de l'Ontario a indiqué dans sa plaidoirie qu'au moins vingt-quatre commissions d'enquête provinciales ont soit nommé des personnes, soit porté sur des activités criminelles ou susceptibles de l'être. Il n'a pu cependant donner un seul exemple de commission qui ait nommé désigné des personnes pour déterminer ensuite s'il existait une preuve *prima facie* contre elles à l'égard d'une infraction précise.

Il est bien évident que des commissions d'enquête aux niveaux fédéral et provincial ont joué un rôle important dans le fonctionnement courant du gouvernement. De nombreux auteurs ont écrit à ce sujet: Lockwood, «A History of Royal Commissions» (1967), 5 *Osgoode Hall L.J.*, 172, Le Dain, «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System», dans Ziegel (éd.), *Law and Social Change*; Sellar, «A Century of Commissions of Inquiry» (1947), 25 *R. du B. can.* 1; Macdonald, «The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law» (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366, et Christie et Pross, *Introduction to Commissions*

duction to Commissions of Inquiry. Most authors seem to agree that public inquiries serve a number of functions including enabling government to secure information as a basis for developing or implementing policy, educating the public or legislative branch, investigating the administration of government and permitting the public voicing of grievances. Investigatory commissions in particular serve to supplement the activities of the mainstream institutions of government. The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977) stated, at p. 20, that investigatory commissions

... possess an objectivity and freedom from time constraints not often found in the legislature. They can deal with questions that do not require the application of the substantive law by the courts. And they can reasonably investigate and interpret matters not wholly within the competence of Canada's various police forces.

It is clear, therefore, that provinces should be given ample room within their constitutional competence to establish public inquiries aimed at investigating, studying and recommending changes for the better government of their citizens. What a province may not do, and what it has done in this case, is enact a public inquiry, with all its coercive powers, as a substitute for an investigation and preliminary inquiry into specific individuals in respect of specific criminal offences. This is an interference with federal interests in the enactment of and provision for a system of criminal justice as embodied in the *Criminal Code*. The net effect of such an inquiry is to bypass the protection accorded to an individual by the *Criminal Code* and is accordingly *ultra vires* the province as being a matter relating to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. This limitation on provincial competence has consistently been reiterated in decisions emanating from this Court that have upheld the constitutionality of other provincial public inquiries. In substance, the present inquiry offends the principle that a province cannot compel a person to submit to questioning under oath with respect to her involvement in a suspected criminal offence for the purpose of gathering sufficient

of Inquiry. La plupart des auteurs semblent convenir que les enquêtes publiques ont de nombreuses fonctions, dont permettre au gouvernement d'obtenir des renseignements pour élaborer ou appliquer des politiques, éduquer le public ou le pouvoir législatif, enquêter sur l'administration du gouvernement et permettre au public de faire connaître ses griefs. Les commissions d'enquête sont le complément des activités des institutions ordinaires de l'État. La Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail 17, *Droit administratif: Les commissions d'enquête* (1977), dit à la p. 20 que les commissions d'enquête

... possèdent une objectivité et une liberté face aux pressions du court terme qu'on trouve rarement au sein de l'organe législatif. Elles peuvent traiter de questions qui n'exigent pas l'application du droit positif par les tribunaux. Elles peuvent aussi examiner et interpréter de manière satisfaisante des questions qui ne relèvent pas vraiment de la compétence des diverses forces policières du Canada.

Par conséquent, il est clair que les provinces doivent avoir suffisamment de latitude dans leur compétence constitutionnelle pour instituer des enquêtes publiques qui visent à examiner, étudier et recommander des modifications en vue d'assurer un meilleur gouvernement pour leurs citoyens. Ce qu'une province ne peut faire, et ce qu'elle a fait en l'espèce, c'est instituer une enquête publique, avec tous ses pouvoirs coercitifs, pour remplacer une enquête policière et une enquête préliminaire sur des individus nommément désignés relativement à des infractions criminelles précises. Il s'agit d'une ingérence dans les intérêts fédéraux dans l'adoption et l'organisation d'un système de justice pénale représenté par le *Code criminel*. Une telle enquête a directement pour effet de contourner la protection que le *Code criminel* accorde à une personne et, par conséquent, est *ultra vires* de la province en tant que matière relevant du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette restriction de la compétence provinciale a été uniformément réitérée dans des arrêts de notre Cour qui ont confirmé la constitutionnalité d'autres enquêtes publiques provinciales. En fait, la présente enquête porte atteinte au principe selon lequel une province ne peut contraindre une per-

evidence to lay charges or to gather sufficient evidence to establish a *prima facie* case. In short, the present inquiry circumvents the prescribed criminal procedure for conducting a police investigation and a preliminary inquiry, a matter governed by Part XVIII of the *Criminal Code*. It falls, therefore, clearly outside a province's jurisdiction to establish an inquiry and equip it with coercive investigatory authority. Accordingly, for all the foregoing reasons, I would declare the inquiry to be *ultra vires* the province.

VI. Conclusion

I would allow the appeal and answer the first constitutional question stated by this Court in the following way:

Q: Is the Order in Council dated July 6, 1989, enacted pursuant to s. 2 of the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, c. 411, *ultra vires* the Province of Ontario as being a matter within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada, pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

A: Yes.

As a result, I need not pronounce upon the other constitutional questions or the other issues raised by the appellants. There will be no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleague, Justice Lamer, and must respectfully disagree with his conclusion that the commission of inquiry's terms of reference, as set out in the Order in Council dated July 6, 1989, are *ultra vires* the province of Ontario. My reasons are consonant with those reached by the Divisional Court and the Ontario Court of Appeal. While I could rest my decision on the judgments of the courts below, I wish to add some comments, particularly on the issue of *intra vires* and provincial jurisdiction.

sonne à se soumettre à un interrogatoire sous serment relativement à sa participation à une présumée infraction criminelle dans le but de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations ou pour établir une preuve *prima facie*. En bref, l'enquête visée en l'espèce contourne la procédure criminelle prescrite pour la tenue d'une enquête policière et d'une enquête préliminaire, une question régie par la Partie XVIII du *Code criminel*. Il est donc évident qu'elle ne relève pas de la compétence d'une province d'établir une commission d'enquête et de la doter d'un pouvoir d'enquête coercitif. En conséquence, pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de déclarer que l'enquête est *ultra vires* de la province.

VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre à la première question constitutionnelle énoncée par notre Cour de la manière suivante:

Q: Le décret du 6 juillet 1989, pris conformément à l'art. 2 de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, excède-t-il les pouvoirs de la province de l'Ontario à titre de matière relevant de la compétence exclusive du Parlement du Canada, en application du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

R: Oui.

Par conséquent, je n'ai pas à trancher les autres questions constitutionnelles ou les autres questions soulevées par les appelants. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissident)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'opinion de mon collègue le juge Lamer et, avec égards, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle le mandat donné à la commission d'enquête par le décret du 6 juillet 1989, est *ultra vires* de la province de l'Ontario. Je suis d'accord avec la Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario et bien que je puisse m'en rapporter à leurs jugements, je désire ajouter certaines observations, particulièrement sur la question de la compétence provinciale.

As a preliminary remark, I would like to point out that neither my colleague nor any of the parties dispute the fact that commissions of inquiry have played a useful and necessary role in Canada. Furthermore, commissions of inquiry are neither criminal proceedings nor trials. As Dickson J. (now the Chief Justice) pointed out in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at p. 201:

The Inquiry does not act as a criminal court or exercise criminal jurisdiction. The conduct of the Inquiry is not part of a criminal prosecution under the *Criminal Code* nor is it an investigation into a particular crime or transaction which later might be the subject of a criminal charge.

I. Division of Powers

It will be readily apparent that my fundamental disagreement with my colleague rests on the characterization of the nature of this inquiry, its pith and substance. My colleague concludes, at p. 1402, that "the commission of inquiry . . . is, in pith and substance, a substitute police investigation and preliminary inquiry into a specific offence defined in s. 121 of the *Criminal Code*". Lamer J. bases his conclusion on three contemporaneous factors: that two private individuals are named; that there is a striking resemblance between the terms of reference and s. 121(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; and that a police investigation is being conducted concurrently with the inquiry. In my view, these three elements, even taken together, do not serve to displace the constitutional validity from a division of powers standpoint. This is so for the following reasons: the context in which this inquiry was ordered and its scope; the terms of the Order in Council; and the previous decisions of this Court.

(a) *The Context and the Scope of the Inquiry*

As my colleague reviews the facts and the judgments of the courts below in great detail, I will not repeat them here. This case, however, cannot be properly analyzed without exploring the political and practical realities out of which the inquiry was born. It is essential to examine the context which

À titre de remarque préliminaire, je souligne que ni mon collègue ni aucune des parties au présent litige ne contestent le fait que de telles commissions d'enquête ont joué un rôle utile et nécessaire au Canada. En outre, ces commissions ne sont ni des procédures criminelles ni des procès. Comme le juge Dickson (maintenant Juge en chef) l'a souligné dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la p. 201:

La Commission d'enquête n'agit pas comme une cour criminelle et elle n'exerce aucune juridiction en matière criminelle. La tenue de l'enquête ne fait pas partie d'une poursuite criminelle en vertu du *Code criminel* et ne constitue pas non plus une recherche d'un crime ou d'une infraction spécifique qui pourrait plus tard faire l'objet d'une inculpation criminelle.

I. Le partage des pouvoirs

Il deviendra vite évident que mon désaccord avec mon collègue repose fondamentalement sur la caractérisation de la nature de cette enquête, son caractère véritable. Mon collègue conclut, à la p. 1402, que la commission d'enquête «est, de par son caractère véritable, un substitut d'enquête de police et d'enquête préliminaire sur une infraction précise définie à l'art. 121 du *Code criminel*». Le juge Lamer fonde sa conclusion sur trois facteurs qui se retrouvent simultanément: la mention des noms de deux personnes; la ressemblance frappante entre les termes du mandat et l'al. 121(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et la tenue parallèle d'une enquête policière. À mon avis, ces trois éléments, même pris ensemble, ne permettent pas d'écarter la validité constitutionnelle du décret du point de vue du partage des pouvoirs pour les raisons suivantes: le contexte dans lequel cette enquête a été ordonnée ainsi que sa portée, les termes mêmes du décret et la jurisprudence de notre Cour.

a) *Le contexte et la portée de l'enquête*

Mon collègue a fait une revue détaillée des faits et des jugements des tribunaux d'instance inférieure, je n'y reviendrai donc pas. Toutefois, cette affaire ne peut être proprement analysée sans un examen des réalités politiques et pratiques qui ont donné naissance à l'enquête. Il est essentiel à cette

precipitated this inquiry and the scope it enveloped.

This saga began in the middle of February 1989 when the media began covering the story—well before it was ever mentioned in the Ontario Legislature. At that time the concern focused primarily around Ms. Starr, a public official who had been appointed Chairperson of Ontario Place. A police investigation seemed to be an appropriate way to deal with the alleged improprieties. The Acting Solicitor General so decided and informed the Legislature:

The government is determined that there will be a full and comprehensive investigation with a mandate to inquire into all aspects of these allegations. Therefore, I have today asked the commissioner of the Ontario Provincial Police to conduct a comprehensive investigation into contributions and expenditures made by Mrs Starr in connection with her activities with the National Council of Jewish Women of Canada.

I have also appointed Peter Griffiths, the crown attorney in Etobicoke, to serve as special crown prosecutor in the matter. Mr Griffiths will act as a legal adviser on an ongoing basis to the police investigators.

The Ontario Provincial Police and the special prosecutor will have full authority to determine whether there have been breaches of the criminal law or any other provincial statute. The police investigators will co-ordinate with the public trustee, the Commission on Election Finances and the conflict-of-interest commissioner, as well as with federal authorities, in determining the scope of their investigation. [Emphasis added].

Hon. Mr. Scott, *Hansard*, June 12, 1989, at p. 1135.

However, it quickly became apparent that the matter was far from being so limited in its nature, scope, or effect. The record reveals that the allegations intensified almost daily, from May 15, 1989 until the establishment of the inquiry. Assertions were made that four cabinet ministers including the Minister of Culture and Communications, the Minister of Housing, the Minister of Industry, Trade and Technology and the Minister of Skills and Development, had received improper campaign contributions or other benefits from Ms.

fin de connaître le contexte qui a suscité l'enquête ainsi que sa portée.

Cette affaire a débuté à la mi-février 1989 lorsque les médias ont commencé à l'ébruiter—bien avant qu'elle ne soit mentionnée à l'Assemblée législative de l'Ontario. À ce moment-là, on visait principalement M^{me} Starr, un fonctionnaire public, qui avait été nommée présidente de la Place de l'Ontario. Une enquête policière semblait alors suffisante pour vérifier les allégations de conduite malhonnête. Le procureur général en décidait ainsi et en informait l'Assemblée législative:

[TRADUCTION] Le gouvernement a décidé qu'il y aura une enquête complète et détaillée dont le mandat sera d'examiner tous les aspects de ces allégations. Par conséquent, j'ai demandé aujourd'hui au commissaire de la police provinciale de l'Ontario de mener une enquête approfondie sur les contributions et les dépenses faites par M^{me} Starr relativement à ses activités au sein du Conseil national des femmes juives du Canada.

J'ai également nommé procureur spécial de la Couronne dans cette affaire Peter Griffiths, le substitut du procureur général à Etobicoke: M. Griffiths agira à titre de conseiller juridique permanent des enquêteurs de la police.

La police provinciale de l'Ontario et le procureur spécial auront pleine autorité pour déterminer s'il y a eu violation du droit criminel ou d'une autre loi provinciale. Les enquêteurs de la police collaboreront avec le Curateur public, la Commission sur le financement des élections et le commissaire sur les conflits d'intérêt, ainsi qu'avec l'administration fédérale, pour déterminer la portée de leur enquête. [Je souligne.]

L'honorable M. Scott, *Hansard*, 12 juin 1989, à la p. 1135.

Toutefois, il est vite devenu évident que l'affaire était loin d'être aussi limitée par sa nature, sa portée ou son effet. Il ressort du dossier d'appel que les allégations se sont faites chaque jour plus pressantes, du 15 mai 1989 jusqu'à la création de la commission d'enquête. On a affirmé que quatre ministres du cabinet, dont le ministre de la Culture et des Communications, le ministre du Logement, le ministre de l'Industrie, du Commerce et de la Technologie ainsi que le ministre de la Formation professionnelle, avaient reçu des contributions

Starr. As Opposition Leader Mr. Bob Rae commented:

It is long overdue that this series of allegations, which are enormously important in terms of public trust—of all the responsibilities one has in society, the trustees of a trust, those who are put in a position of trust, and I include public officials in this regard, are among the most important. If there has been any diversion of charitable funds, or potentially charitable funds, into partisan political purposes and into the work of political lobbying, that is obviously something which is worthy of investigation and something which simply has to be rooted out and thoroughly investigated by public authorities.

Mr. B. Rae, *Hansard*, June 12, 1989, at p. 1137.

By June 19, 1989 several more members of the government had been accused, in the Legislative Assembly, of engaging in improper activities involving the Tridel Corporation Inc. and Ms. Starr. Allegations were made that public funds, which were to be used to build or subsidize housing for the disabled, the elderly, and the poor, were diverted by a Liberal fund-raiser into a “slush fund”. Claims were made that money from the housing ministry had been diverted “to the political coffers of practically every Liberal that walked the face of the earth”. These were rather serious allegations, and undoubtedly called the integrity of public officials into question:

I might add that up until this point, some nine cabinet ministers have now seen some financial assistance that has come from Ms Starr. In light of the fact that all of this controversy is surrounding this individual, does it not appear to be reasonable that the people of Ontario be informed how Ms Starr was given the appointment—two appointments in fact—by the Ontario government, the final one being the chairmanship of Ontario Place? How did that come to pass and who is responsible for it?

Mr. Brandt, *Hansard*, June 19, 1989, at p. 1362.

There were specific allegations that Ms. Oddie Munro, Minister of Culture and Communications, had asked that her mother receive a \$5,000 contract from the NCJWC:

électorales illégales ou d'autres avantages de M^{me} Starr. En sa qualité de chef de l'opposition, M. Bob Rae faisait les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Il y a longtemps que cette série d'allégations, qui revêtent une importance énorme en terme de confiance du public—de toutes les responsabilités qu'une personne a dans la société, les fiduciaires d'une fiducie, qui sont dans une position de confiance, et je vise les fonctionnaires publics à cet égard, sont parmi les plus importants. S'il y a eu détournement de fonds d'un organisme de charité ou de fonds qui pouvaient provenir d'un organisme de charité à des fins de politique partisane et à des fins de lobby politique, il s'agit de toute évidence de quelque chose qui mérite de faire l'objet d'une enquête et qui doit tout simplement être supprimée et examinée à fond par les autorités publiques.

M. B. Rae, *Hansard*, 12 juin 1989, à la p. 1137.

Le 19 juin 1989, plusieurs autres membres du gouvernement avaient été accusés, à l'Assemblée législative, de s'être livrés à des activités illégales auxquelles étaient mêlées Tridel Corporation Inc. et M^{me} Starr. On a allégué que des fonds publics qui devaient être utilisés pour construire ou subventionner des logements pour des personnes handicapées, des personnes âgées et des personnes défavorisées avaient été détournés par un collecteur de fonds libéral dans une «caisse noire». On a soutenu que des fonds provenant du ministère du Logement avaient été détournés [TRADUCTION] «vers les coffres politiques de pratiquement chaque libéral sur terre». Il s'agissait d'allégations graves qui de toute évidence mettaient en cause l'intégrité de fonctionnaires publics:

[TRADUCTION] Je pourrais ajouter que, jusqu'à maintenant, neuf ministres ont reçu une certaine assistance financière de la part de M^{me} Starr. Compte tenu de toute la controverse qui entoure cette personne, ne paraît-il pas raisonnable que les citoyens de l'Ontario soient informés de la manière dont M^{me} Starr a été nommée par le gouvernement de l'Ontario—en fait, il y a eu deux nominations—la dernière étant celle de la présidence de la Place de l'Ontario? Comment cela a-t-il pu arriver et qui est le responsable?

M. Brandt, *Hansard*, 19 juin 1989, à la p. 1362.

Des allégations spécifiques ont été faites, selon lesquelles M^{me} Oddie Munro, ministre de la Culture et des Communications, avait demandé que sa mère reçoive un contrat de 5 000 \$ du CNFJC:

The minister has admitted she recommended her mother for this work. She has admitted she gave Mrs. Starr her mother's phone number. Her ministry has a major relationship with Mrs. Starr. Mrs. Starr was the recipient at one time of the gold medal of the Ministry of Citizenship and Culture.

The minister knows this. She has been involved with Mrs. Starr for a long time. She has spoken at dinners for Mrs. Starr and said how wonderful a person she thinks she is and how highly she thinks of Patti Starr. Patti Starr sends her mother a cheque for \$5,000 for doing work that in any other organization would be done by volunteers and that in this organization is always done by volunteers. Does the minister not recognize that she has behaved improperly?

Mr. B. Rae, *Hansard*, June 19, 1989, at p. 1361.

Concerns were raised about the effect that these allegations of political patronage and policy violations would have on the public's perception of the government. It was claimed that the people of Ontario were "getting the clear message that certain people will be looked after if they are friends of the Premier [Mr. Peterson], members of cabinet or of the Ontario Liberal Party" and that "rules, policies and procedures are in place only to be broken":

There is a pattern here of special influence. There is a pattern here of hundreds of thousands of dollars, apparently going without any control or any adequate audit of funds, that were controlled by one person.

Mr. B. Rae, *Hansard*, June 22, 1989, at p. 1562.

Questions arose as to the value of an investigation by the Conflict of Interest Commissioner in light of s. 14 of the *Members' Conflict of Interest Act, 1988*, S.O. 1988, c. 17, which states that the opinion and recommendations of the Commissioner are confidential and will only be released on consent of the member involved. Doubts about the efficacy of the investigation procedures implemented by the government were exacerbated by assertions that paper shredders were being used at Ontario Place to dispose of documents that might be of interest to those investigating the activities of the chairperson.

[TRADUCTION] Le ministre a admis qu'elle avait recommandé sa mère pour ce travail. Elle a admis avoir donné à M^{me} Starr le numéro de téléphone de sa mère. Son ministère a des rapports importants avec M^{me} Starr. Celle-ci a déjà reçu la médaille d'or du ministère des Affaires civiles et culturelles.

Le ministre est au courant de ce fait. Elle entretient des rapports depuis longtemps avec M^{me} Starr. Elle a parlé à des dîners en l'honneur de M^{me} Starr et a dit quelle personne remarquable elle était et combien elle l'estimait. Patti Starr a envoyé à sa mère un chèque de 5 000 \$ pour du travail qui, dans tout autre organisme, aurait été effectué par des bénévoles et qui, dans cet organisme, est toujours effectué par des bénévoles. Le ministre ne reconnaît-elle pas qu'elle a agi de façon incorrecte?

M. B. Rae, *Hansard*, le 19 juin 1989, à la p. 1361.

On s'est inquiété de l'effet que pourraient avoir ces allégations de patronage politique et d'atteintes à des politiques établies sur la perception du gouvernement par le public. Certains ont affirmé que les citoyens de l'Ontario [TRADUCTION] «recevaient clairement le message que certaines personnes seraient favorisées si elles comptaient parmi les amis du premier ministre (M. Peterson), des membres du cabinet ou du parti libéral de l'Ontario» et que les [TRADUCTION] «règles, politiques et procédures sont faites pour être violées»:

[TRADUCTION] Il y a un *modus operandi* d'influence spéciale. Il y a apparemment ici un *modus operandi* d'attribution de centaines de milliers de dollars sans contrôle ni vérification adéquate de fonds qui étaient contrôlés par une seule personne.

M. B. Rae, *Hansard*, le 22 juin 1989, à la p. 1562.

Des questions ont été posées quant à la valeur d'une enquête menée par le commissaire sur les conflits d'intérêt, à la lumière de l'art. 14 de la *Loi de 1988 sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée*, L.O. 1988, ch. 17, qui édicte que l'opinion et les recommandations du commissaire sont confidentielles et ne seront communiquées qu'avec l'autorisation du député visé. Les doutes quant à l'efficacité des procédures d'enquête mises en œuvre par le gouvernement ont été aggravés par l'affirmation qu'on utilisait des déchiqueteuses à la Place de l'Ontario pour détruire des documents qui pouvaient présenter un intérêt pour ceux qui enquêtaient sur les activités de la présidente.

By the eve of the Premier's announcement that a public inquiry would be constituted, it had become clear that many aspects of the provincial government might be involved. The need for an examination of far greater proportions than those encompassed by the police investigation was evident. The nature and extent of the alleged improprieties would have to be explored, as well as whether existing controls were adequate. Allegations that one of the Premier's aides had received benefits from Ms. Starr reinforced this concern. On June 22, 1989, the appellant Gordon Ashworth, Executive Director of the Premier's Office since May 1985, resigned after he revealed that during September of 1987 Ms. Starr had arranged for his family to receive a new refrigerator and to have their house painted free of charge. The Leader of the Opposition termed the situation "the largest financial scandal involving the electoral process in the recent history of this province": Mr. B. Rae, *Hansard*, June 22, 1989, at p. 1563.

It was against this background of events that, on June 23, 1989, the Premier announced that a public inquiry would be conducted into the incidents that had been the focus of public concern. I believe that the Premier's remarks, when establishing the inquiry, reflected the broad public interests that were at stake:

The recent allegations are deeply disturbing and profoundly worrisome. I am very troubled by this situation and I think that it is essential that there be an immediate and independent public inquiry to get to the bottom of it.

I am determined that in the carrying out of this inquiry, that no stone be left unturned, that every lead be followed up on, that every allegation be thoroughly and exhaustively investigated until all of the facts have been laid bare before us.

There is no one more determined than I to ensure that all of the facts related to this matter are brought out into the open.

Nothing is more important than the public trust. I will do everything in my power to ensure that it is protected.

I believe very strongly that the democratic system depends on the public's trust and faith in the integrity of their public officials.

Avant même la veille de l'annonce par le premier ministre de la tenue d'une enquête publique, il était devenu évident que de nombreux aspects du gouvernement provincial pouvaient être visés. La nécessité d'une enquête beaucoup plus large et poussée qu'une enquête policière était manifeste. La nature et l'ampleur des irrégularités alléguées ainsi que la valeur des contrôles en vigueur allaient devoir être examinées. Des allégations qu'un des adjoints du premier ministre avait reçu des avantages de M^{me} Starr renforçaient cette préoccupation. Le 22 juin 1989, l'appelant Gordon Ashworth, directeur général du bureau du Premier ministre depuis mai 1985, a démissionné après avoir révélé que, en septembre 1987, M^{me} Starr avait pris des dispositions pour que sa famille reçoive un réfrigérateur neuf et que leur maison soit repeinte gratuitement. Le chef de l'opposition a qualifié la situation [TRADUCTION] «du plus grand scandale financier impliquant le processus électoral dans l'histoire récente de cette province»: M. B. Rae, *Hansard*, 22 juin 1989, à la p. 1563.

C'est dans ce contexte que, le 23 juin 1989, le Premier ministre a annoncé la tenue d'une enquête publique sur les incidents qui avaient retenu l'attention du public. Je pense que les remarques du Premier ministre, lorsqu'il a ordonné l'enquête, décrivent bien l'intérêt public général qui était en jeu:

[TRADUCTION] Les récentes allégations sont extrêmement troublantes et profondément inquiétantes. Cette situation me préoccupe beaucoup et je crois qu'il est essentiel qu'une enquête publique indépendante fasse immédiatement toute la lumière.

J'estime essentiel, dans le cadre de cette enquête, que tout soit fait, que toutes les pistes soient suivies, que toute allégation soit minutieusement examinée jusqu'à ce que tous les faits nous aient été présentés de façon claire.

Je souhaite plus que tout autre que les faits de cette affaire soient mis au grand jour.

Rien n'est plus important que la confiance du public. Je ferai tout ce qui est en mon pouvoir pour veiller à ce qu'elle soit protégée.

Je crois très fermement que le système démocratique dépend de la confiance et de la foi du public dans l'intégrité des fonctionnaires publics.

People must be confident that public officials—all public officials—whether elected or appointed—are people of integrity.

They must be confident that their officials are operating in an honest, impartial and objective manner—free of prejudice, free of bias, free of unwarranted partisanship.

Most importantly, public officials must be open to public scrutiny, and in doing so must be found to be beyond reproach, and acting in accordance with the highest ethical standards.

I am confident that this judicial inquiry will uncover those who have not functioned in this manner.

I give you my personal assurance that those whose performance has been found wanting will be discovered, those who have erred will be punished, and those who have broken the law will be prosecuted. [Emphasis in original.]

These comments reflect the profound concern that had arisen in the province—a concern extending far beyond the appellants before this Court. This context provided the necessary framework of the Commission's mandate. The nature of the allegations made in the Legislative Assembly and the setting in which the inquiry was established clearly suggest the kind of inquiry well within provincial powers—the investigation of numerous alleged improprieties against government officials and employees.

(b) *The Order in Council*

The disposition of this case also hinges on the characterization of the Order in Council and the enabling terms of reference establishing the commission at issue. The Ontario Court of Appeal (1990), 71 O.R. (2d) 161, at p. 165, rejected the proposition that the provincial inquiry was in pith and substance a criminal investigation. Adopting the clear language of the Divisional Court (1989), 70 O.R. (2d) 408, at p. 418:

The inquiry before us is in relation to a valid provincial matter, namely the relationship between provincial government officials both elected and unelected and other named individuals and corporations; it relates to matters of undoubted provincial concern and competence, namely the conduct of provincial public officials and persons dealing with them and the integrity of those officials and the process of provincial government itself.

Le public doit être assuré que les fonctionnaires publics—tous les fonctionnaires publics—élus ou nommés—sont intègres.

Il doit être assuré que ses fonctionnaires agissent d'une manière honnête, impartiale et objective—sans préjugés, sans partialité, sans esprit partisan injustifié.

Il est extrêmement important que les fonctionnaires publics puissent faire l'objet d'un examen public, et démontrer ainsi qu'ils sont sans reproche et qu'ils agissent conformément aux normes de conduite les plus élevées.

Je suis convaincu que cette enquête judiciaire permettra de démasquer ceux qui ne l'ont pas fait.

Je vous assure personnellement que ceux dont la conduite sera jugée insatisfaisante seront découverts, ceux qui ont commis des erreurs seront punis et ceux qui n'ont pas respecté la loi seront poursuivis.

Ces remarques reflètent l'inquiétude profonde qui avait été suscitée dans la province—une inquiétude qui allait bien au-delà des appelants devant notre Cour. Ce contexte a fourni le cadre nécessaire au mandat de la Commission. La nature des allégations faites à l'Assemblée législative ainsi que le contexte dans lequel l'enquête a été ordonnée indiquent clairement un type d'enquête qui relève de la compétence provinciale—une enquête sur des irrégularités reprochées à des fonctionnaires et des employés du gouvernement.

b) *Le décret*

La conclusion de cette affaire dépend également de la caractérisation du décret et du mandat de la commission en question. La Cour d'appel de l'Ontario (1990), 71 O.R. (2d), 161, à la p. 165 a rejeté l'argument selon lequel l'enquête provinciale était en réalité une enquête criminelle. Adoptant le langage très clair de la Cour divisionnaire (1989), 70 O.R. (2d) 408, à la p. 418, la Cour dit:

[TRADUCTION] L'enquête dont nous sommes saisis porte sur une matière provinciale valide, savoir le rapport entre des fonctionnaires publics du gouvernement provincial, élus et non élus, et d'autres personnes et sociétés nommées; elle se rapporte à des questions d'intérêt et de compétence relevant indubitablement de la province, savoir la conduite de fonctionnaires publics provinciaux et de personnes qui ont traité avec eux, et l'intégrité de

In the language of s. 2 of the Act which is the authority for the inquiry, the subject-matter is "any matter connected with or affecting the good government of Ontario or the conduct of any part of the public business thereof . . .".

This resonating endorsement of the provincial purpose requires no further embellishment. As highlighted by the Court of Appeal, the provincial interest in this matter is incontrovertible, and constitutional support can be anchored in four separate heads of power under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*:

- 92(4): The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers;
- 92(7): The Establishment, Maintenance, and Management of . . . Charities, . . .
- 92(14): The Administration of Justice in the Province, . . . [and]
- 92(16): . . . Matters of a merely local or private Nature in the Province.

Moreover, even if it had seen fit to do so, the Federal Government would have no jurisdictional basis to establish an inquiry to investigate the conduct of provincial government officials.

The terms of reference of this Order in Council are explicitly authorized by the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, c. 411, which has not been impugned as being *ultra vires* the province. Section 2 of the Act is quite broad:

2. Whenever the Lieutenant Governor in Council considers it expedient to cause inquiry to be made concerning any matter connected with or affecting the good government of Ontario or the conduct of any part of the public business thereof or of the administration of justice therein or that he declares to be a matter of public concern and the inquiry is not regulated by any special law, he may, by commission, appoint one or more persons to conduct the inquiry.

The preamble of the Order in Council, enacted pursuant to the aforementioned provision, is perfectly clear:

AND THEREFORE, pursuant to the said *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, Chapter 411, a Commission be issued appointing the Honourable Justice Lloyd W. Houlden who is, without expressing any conclusion of

ces fonctionnaires et le fonctionnement du gouvernement provincial lui-même. Selon le texte de l'art. 2 de la Loi qui régit l'enquête, l'objet est «une question intéressant la bonne administration de l'Ontario, la conduite des affaires publiques . . .»

Cet appui éloquent d'un objectif provincial se passe de plus amples commentaires. Comme l'a souligné la Cour d'appel, l'intérêt provincial dans cette affaire est indéniable et sa constitutionnalité repose sur quatre chefs de compétence distincts en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

- 92(4): la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;
- 92(7): l'établissement, l'entretien et l'administration des [. . .] institutions et hospices de charité;
- 92(14): l'administration de la justice dans la province . . . ;
- 92(16): . . . les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

En outre, même s'il l'avait jugé utile, le gouvernement fédéral n'aurait eu aucune compétence pour établir une commission chargée d'enquêter sur la conduite de fonctionnaires d'un gouvernement provincial.

Les termes du mandat attribué par le décret sont autorisés de façon explicite par la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, qui n'a pas été contestée comme étant *ultra vires* de la province. L'article 2 de la Loi a une portée tout à fait large:

2 Lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil juge qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'une enquête sur une question intéressant la bonne administration de l'Ontario, la conduite des affaires publiques ou l'administration de la justice dans la province, ou sur une question qu'il déclare sujet d'intérêt public, et lorsqu'une telle enquête n'est régie par aucune loi spéciale, il peut, par commission, nommer une ou plusieurs personnes pour effectuer cette enquête.

Le préambule du décret, adopté en application de la disposition précitée est parfaitement clair:

[TRADUCTION] PAR CONSÉQUENT, aux termes de ladite *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, une commission est délivrée pour nommer le juge Lloyd W. Houlden qui devra, sans formuler de conclu-

law regarding the civil or criminal responsibility of any individual or organization: [Emphasis added.]

The process of the inquiry must, of necessity, be governed by these specific limits imposed by the Legislature on the powers of the Commissioner. Here the question must be asked: How can the Commissioner determine criminal liability when he is specifically prohibited from making such findings?

Analyzing the specifics of the terms of reference, Part 1 requires the Commissioner:

1) to investigate:

- (i) the nature and extent of the dealings between Patricia Starr and elected and unelected public officials;
- (ii) the nature and extent of the dealings between Patricia Starr and private individuals, corporations, unincorporated bodies and charities in relation to elected and unelected public officials;
- (iii) the nature and extent of the dealings between Tridel Corporation; companies related to Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of companies related to Tridel Corporation, and elected and unelected public officials;
- (iv) the nature and extent of the dealings between Tridel Corporation; companies related to Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of Tridel Corporation; representatives, officers, employees or officials of companies related to Tridel Corporation and private individuals, corporations, unincorporated bodies and charities in relation to elected and unelected public officials.

These parameters, while they do name certain individuals, are broad. The nature and the extent of the inquiry encompass a great number of individuals, corporations, and public officials. The wording is standard for commissions of inquiry and neither refers to nor duplicates the *Criminal Code* or any other federal statute. In addition, reference to specific individuals must also be viewed in light of all the terms of the Order in Council, including the preamble and the concluding conditions. The named parties provide a necessary frame of reference and limit the inquiry so that it can properly perform its function.

sion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle d'une personne ou d'un organisme: [Je souligne.]

La procédure d'enquête doit nécessairement être régie par ces limites précises imposées par l'Assemblée législative aux pouvoirs du commissaire. C'est ici qu'il y a lieu de se demander comment le commissaire pourrait décider de la responsabilité criminelle lorsqu'on lui interdit précisément de formuler une telle conclusion.

Si on analyse les détails du mandat, la Partie 1 prévoit que le Commissaire doit:

[TRADUCTION] 1) enquêter sur les questions suivantes:

- (i) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Patricia Starr et des fonctionnaires publics élus et non élus;
- (ii) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Patricia Starr et des personnes, sociétés, personnes morales et organismes de charité en rapport avec des fonctionnaires publics élus et non élus;
- (iii) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Tridel Corporation, les sociétés liées à Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres de Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres des sociétés liées à Tridel Corporation et des fonctionnaires publics élus et non élus;
- (iv) la nature et l'ampleur des relations d'affaires entre Tridel Corporation, les sociétés liées à Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres de Tridel Corporation, les représentants, dirigeants, employés ou cadres des sociétés liées à Tridel Corporation et les personnes, sociétés, personnes morales et organismes de charité en relation avec des fonctionnaires publics élus et non élus.

Même s'ils désignent certaines personnes par leur nom, ces paramètres sont larges. L'enquête, par sa nature et son ampleur, vise un grand nombre de personnes, de sociétés et de fonctionnaires publics. Il s'agit d'une formule standard pour les commissions d'enquête. Elle ne fait pas référence au *Code criminel* ni à une autre loi fédérale, ni ne les reproduit. De plus, la mention de certaines personnes en particulier doit être examinée à la lumière de la totalité du décret, y compris le préambule et la conclusion. La mention du nom de certaines parties fournit un cadre de référence nécessaire et limite l'enquête afin que la Commission puisse remplir adéquatement sa fonction.

The Law Reform Commission of Canada, in its Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977), at p. 31, discussed both the necessary context and the appropriate breadth of investigatory inquiries:

... whether a given matter is of [substantial public importance] ... should be evident. Does it involve, for example, serious accusations of incompetence or venality in government itself? Serious breakdown in the implementation or administration of an established government policy? ...

The Cabinet ... also should be careful to define strictly the operations of any particular commission in the order in council creating the commission. A mandate should be quite specific and as narrow as is reasonable in the circumstances. It is contrary to the principles of our form of government and system of law to permit unrestrained investigation. [Emphasis added.]

With respect to the scope of this particular inquiry, it was suggested by the Opposition that a commission be established to:

... look into the whole relationship between the development and construction industries and governments in Ontario, municipal and provincial as well as federal, so that we can have some serious recommendations on the electoral process, political contributions, land use planning, speculation and land ownership, ...

Mr. B. Rae, *Hansard*, June 28, 1989, at p. 1711.

The Premier's response was both measured and practical:

My honourable friend raises a number of policy questions, and I understand that. Let me say that the Attorney General (Mr Scott) is reflecting on those broad terms of interest. The member is aware of the suggestions made by certain people with respect to the nature of the inquiry, and I understand that. But I think we could see an inquiry potentially going on for 10 or 20 years in that regard.

The judicial inquiry that we have called deals with a specific set of allegations and specific people. It is not my intention to limit that, because if there is any suggestion of wrongdoing anywhere, obviously the commissioner should have the power to follow that up. Allegations will be referred to him. But I think my friend would agree with me that it has to be in, shall we say, a manageable bite somehow or other. We do not

La Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail 17, *Droit administratif: Les commissions d'enquête* (1977), aux pp. 32 et 33 traite du contexte nécessaire et de la juste

^a portée des commissions d'enquête:

... l'importance [pour le bien public] d'une question donnée ne devrait pas faire de doute. Parmi les hypothèses susceptibles de faire envisager la création d'une commission d'enquête, on peut penser à de graves accusations d'incompétence ou de vénalité à l'intérieur de l'administration, à de graves insuffisances dans la mise en œuvre ou l'application d'une décision politique ...

^b

^c Le Cabinet [...] doit aussi veiller à définir strictement la tâche de chaque commission dans le décret qui la crée. Ce mandat doit être très précis et aussi restreint que les circonstances le permettent. Il est contraire aux principes de la démocratie parlementaire et de notre droit de permettre des enquêtes illimitées. [Je souligne.]

^d

Relativement à la portée de cette enquête en particulier, l'Opposition a proposé qu'une commission soit établie pour:

[TRADUCTION] ... examiner l'ensemble des liens entre les sociétés de promotion immobilière et de construction et les gouvernements en Ontario, municipal et provincial ainsi que fédéral, de manière à obtenir certaines recommandations sérieuses sur le processus électoral, les contributions politiques, la planification de l'utilisation des terres, la spéculation et la propriété des terres, ...

^e

M. B. Rae, *Hansard*, le 28 juin 1989, à la p. 1711.

La réponse du premier ministre a été à la fois mesurée et pratique:

^g

[TRADUCTION] Mon honorable ami soulève un certain nombre de questions de politique et je le comprends. Je dois dire que le procureur général (M. Scott) examine ces questions d'intérêt général. Le député est au courant de ce qui a été proposé par certaines personnes en ce qui a trait à la nature de l'enquête et je comprends cela. Mais je suis d'avis qu'on pourrait envisager alors que l'enquête dure de 10 ou 20 ans.

^h

ⁱ L'enquête judiciaire que nous avons ordonnée traite d'un nombre précis d'allégations et de personnes en particulier. Je n'ai pas l'intention de la restreindre, parce que si on laisse entendre que des irrégularités ont été commises, de toute évidence le commissaire devrait avoir le pouvoir d'enquêter à ce sujet. Les allégations lui seront soumises. Toutefois, je crois que mon ami conviendrait avec moi que cela doit se faire, disons, dans un

^j

want this thing to go on for the next five or 10 years. I am sure that is not my honourable friend's suggestion. [Emphasis added.]

Hon. Mr. Peterson, *Hansard*, June 28, 1989, at pp. 1711-12.

The concluding portion of the terms of reference remove much of the apprehension regarding the inquiry's breadth:

AND THAT nothing set out above shall be taken as in any way limiting the right of the Commissioner to petition the Lieutenant Governor in Council to expand the terms of reference to cover any matter that he may deem necessary as a result of information coming to his attention during the course of the investigation or inquiry, . . .

Therefore, Part 1 of the Order in Council falls squarely within the constitutional power of the province. The sole fact that individuals are named cannot render the Order in Council constitutionally infirm. As counsel for the respondent Government of Ontario pointed out in argument, at least 24 inquiries in Canada have dealt with specifically named persons being investigated for specific wrongdoing. See *Provincial Royal Commissions and Commissions of Inquiry, 1867-1982: A Selective Bibliography*.

The portion of the Order in Council that seems to have concerned my colleague the most was Part 2:

2) to inquire into and report upon any such circumstances or dealings where, in the opinion of the Commissioner, there is sufficient evidence that a benefit, advantage or reward of any kind was conferred upon an elected or unelected public official or upon any member of the family of any elected or unelected public official, or where, in the opinion of the Commissioner, there is sufficient evidence that there was [an] . . . agreement or attempt to confer a benefit, advantage or reward of any kind upon an elected or unelected public official or upon any member of the family of an elected or unelected public official.

cadre qui peut être géré d'une manière ou d'une autre. Nous ne voulons pas que cet exercice se poursuive pendant les cinq ou 10 prochaines années. Je suis certain que ce n'est pas ce que suggère mon honorable ami. [Je souligne]

L'Honorable M. Peterson, *Hansard*, 28 juin 1989, aux pp. 1711 et 1712.

La conclusion du mandat écarte toute crainte concernant la portée de l'enquête:

[TRADUCTION] Rien de ce qui a été énoncé précédemment ne doit être interprété de manière à limiter le droit du commissaire de demander au lieutenant-gouverneur en conseil d'élargir son mandat à toute question qu'il pourrait juger nécessaire d'examiner par suite d'un renseignement porté à son attention au cours de l'enquête.

Par conséquent, la Partie 1 du décret relève directement de la compétence constitutionnelle de la province. Le seul fait que le nom de certaines personnes y soit mentionné ne peut rendre le décret invalide du point de vue constitutionnel. Comme l'avocat de l'intimé, le gouvernement de l'Ontario, l'a souligné dans son argumentation, au moins 24 enquêtes au Canada visaient des personnes nommément désignées qui ont fait l'objet d'une enquête relativement à des méfaits précis. Voir *Commissions royales provinciales et commissions d'enquête 1867-1982: Bibliographie sélective*.

La partie du décret qui semble avoir le plus préoccupé mon collègue est la Partie 2:

[TRADUCTION]

2) faire enquête et rapport sur toutes ces circonstances ou relations d'affaires si, à son avis, il est établi qu'un bénéfice, avantage ou récompense quelconque a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu ou à un membre de sa famille ou si, à son avis, il est établi qu'il existait une entente ou une tentative visant à conférer un bénéfice, un avantage ou une récompense quelconque à un fonctionnaire public élu ou non élu ou à un membre de sa famille.

This part of the terms is also within the ambit of s. 2 of the *Public Inquiries Act*. The contention that the terms constitute an invasion of the federal criminal law power is not persuasive. Section 121 of the *Criminal Code* may well have been used as a blueprint for drafting the terms of reference. This is a matter about which we can only speculate. However, even if it was so used, it must be borne in mind that *Criminal Code* provisions and Order in Council terms of reference are designed to accomplish completely different objectives. The former serve as prohibitions, the violation of which carries potential penal consequences and other coercive measures. The latter serve merely as a benchmark, delineating the scope of a circumscribed investigation, wherein criminal findings are expressly prohibited. Given this distinction regarding purpose and effect, the resemblance between Part 2 of the terms and s. 121(1)(b) of the *Criminal Code* becomes immaterial.

Furthermore, the mandate of an inquiry is completely different in kind from any police investigation. MacKay, in "Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry" (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 29, states at p. 34:

While created by government, one of the major attractions of an inquiry as an instrument of public policy is its independence from the governments of the day. They are special creations of the executive branch but are not answerable to it, as is a regular government department . . .

In their procedures and operations, commissions of inquiry sometimes resemble courts but they are not a branch of the judiciary.

The Law Reform Commission of Canada, in its Working Paper 17, *supra*, discussed commissions of inquiry and compared their functions to those of the police at page 19:

The police force is clearly not the appropriate institution to perform this particular investigatory function. In the first place, although Canada's police forces undoubtedly possess excellent investigatory skills, they are skills of a

Cette partie du mandat s'inscrit également dans le cadre de l'art. 2 de la *Loi sur les enquêtes publiques*. L'argument selon lequel le mandat constitue un empiètement sur la compétence fédérale en matière de droit criminel n'est pas convaincant. L'article 121 du *Code criminel* peut très bien avoir été utilisé comme modèle pour rédiger le mandat. C'est une question à l'égard de laquelle nous ne pouvons que formuler des hypothèses. Toutefois, même si c'était le cas, on ne doit pas oublier que les dispositions du *Code criminel* et le mandat énoncé dans le décret visent des objectifs totalement différents. Les premières sont des interdictions, dont la violation peut avoir des conséquences à caractère pénal et entraîner d'autres mesures coercitives. Le second sert simplement de point de repère et délimite la portée d'une enquête circonscrite, dans laquelle des conclusions de nature criminelle sont expressément interdites. Compte tenu de cette distinction concernant l'objet et l'effet, la ressemblance entre la Partie 2 du mandat et l'al. 121(1)(b) du *Code criminel* n'est plus pertinente.

En outre, le mandat d'une commission d'enquête est complètement différent de celui d'une enquête policière. MacKay, dans «Mandates, Legal Foundations, Powers and Conduct of Commissions of Inquiry» (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 29, dit, à la p. 34:

[TRADUCTION] Bien qu'elle soit créée par le gouvernement, l'un des principaux avantages d'une commission d'enquête comme instrument de politique publique est son indépendance par rapport au gouvernement en place. Ce sont des créations spéciales du pouvoir exécutif mais elles ne sont pas tenues de lui rendre compte comme le sont les ministères ordinaires du gouvernement . . .

Quelquefois, les commissions d'enquête, par leur procédure et leur fonctionnement, ressemblent à des tribunaux mais elles ne relèvent pas du pouvoir judiciaire.

La Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail 17, précité, comparait les fonctions des commissions d'enquête à celles de la police à la p. 20:

Le corps policier n'est évidemment pas l'institution appropriée à ce genre d'enquête. En premier lieu, bien que les forces policières du Canada comprennent indubitablement d'excellents enquêteurs, leurs talents sont

specific kind; they do not convincingly extend, for example, to problems of maladministration, failure to implement policy directives properly, organizational difficulties, and so on. Secondly, although the police may be excellent at discovering and assembling facts, they may be less capable of interpreting the significance of facts once found out; this is likely to be particularly the case in matters touching on politics and policy. Thirdly, in any event it is quite inappropriate in our system for police forces to offer conclusions or comment on governmental matters. Their job is to investigate; not to judge. Finally, police investigations are necessarily secret investigations. On occasion allegations are made that create widespread public disquiet, perhaps even a crisis of confidence. On such occasions, confidence must be restored, and that can only be done by an investigation operating as much as possible in the public eye. [Emphasis added.]

Macdonald was of the same opinion in "The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law" (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366, at p. 371:

... although the police and other public servants such as coroners are familiar with certain investigatory aspects of inquiries, their expertise lies in very specialized areas and does not touch topics as diverse as maladministration, failure to implement policy, corruption or organizational difficulties. In summary, from the external, or political perspective, a major rationale for the commission of inquiry is connected to the fact of its flexibility and adaptiveness. The *ad hoc* inquiry performs an important supplemental role to the executive, legislative and judicial branches of government precisely because, unlike the latter, it is not a bureaucratic institution.

As Dickson C.J. (then Dickson J.), for the majority in *Di Iorio, supra*, at p. 201, explained:

The function of the Inquiry is merely to investigate and report; no person is accused; those who appear do so as witnesses; there is no *lis*; there is no attempt to alter criminal procedure. The proceedings of the Commission are not criminal proceedings in the sense that punishment is their aim.

The background possibility of subsequent prosecution cannot serve as an absolute bar to a provincial inquiry which would otherwise be constitutional. A contrary approach confuses both the

d'une nature particulière; ils ne paraissent guère adaptés, par exemple, à l'examen de questions de maladministration, de mauvaise exécution de directives politiques, d'organisation administrative, et ainsi de suite. En second lieu, bien que la police puisse exceller à découvrir et rassembler des faits, elle est peut-être moins apte à en apprécier la portée; sans doute serait-ce particulièrement le cas à l'égard de questions intéressant la vie politique et les décisions politiques. En troisième lieu, il est certainement inconcevable, dans notre régime, que la police juge ou commente la façon dont sont menées les affaires de l'État. Sa tâche consiste à faire enquête, non à juger. Enfin, les enquêtes policières sont nécessairement secrètes. Certaines allégations entraînent parfois un sentiment général d'inquiétude, voire une crise de confiance. Il s'agit alors de rétablir la confiance, ce qui ne peut être fait que par une enquête effectuée autant que possible au vu et au su de tous. [Je souligne.]

Macdonald a exprimé le même avis dans «The Commission of Inquiry in the Perspective of Administrative Law» (1980), 18 *Alta. L. Rev.* 366, à la p. 371:

[TRANSDUCTION] ... bien que la police et d'autres fonctionnaires comme les coroners connaissent bien certains aspects relatifs aux enquêtes, leur expertise touche à des domaines très spécialisés et ne portent pas sur des sujets aussi divers que les erreurs administratives, la violation de politiques, la corruption ou des problèmes d'organisation. Bref, d'un point de vue externe ou politique, la commission d'enquête se justifie principalement en raison de sa souplesse et de son adaptabilité. L'enquête *ad hoc* joue un rôle accessoire important pour les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire du gouvernement précisément parce que, contrairement à ceux-ci, il ne s'agit pas d'une institution bureaucratique.

Comme le juge Dickson (maintenant Juge en chef) l'a expliqué au nom de la majorité dans l'arrêt *Di Iorio*, précité, à la p. 201:

Le rôle de la Commission d'enquête est simplement de faire enquête et de soumettre un rapport; personne n'est inculpé; ceux qui comparaissent le font à titre de témoins; il n'y a pas litige; on ne vise aucunement à modifier la procédure en matière criminelle. Les procédures devant la Commission ne sont pas des procédures criminelles au sens qu'elles auraient pour but l'imposition de sanctions.

La possibilité évoquée de poursuites ultérieures ne peut constituer un obstacle absolu à une enquête provinciale qui par ailleurs serait constitutionnelle. Une approche contraire confond les dif-

functional and practical differences between such inquiries and the preliminary inquiries or laying of information that they have been compared to. The latter are clearly incidental to criminal prosecution, provided for in the *Criminal Code*, and adorned with all the procedural safeguards that properly attend the world of law enforcement. Specific individuals are targeted for the express and exclusive purpose of indicting them.

Commissions of inquiry plainly perform a different role. They may, as here, name an individual for the purposes of identifying the general investigative objective of the inquiry and of defining its scope. The purpose of this inquiry is not to determine criminal responsibility. In fact, the terms of reference explicitly prohibit the Commissioner from expressing any such conclusion. This constraint renders my colleague's pronouncement all the more perplexing. Certainly a report exposing dealings as well as benefits conferred may inferentially imply a "link" and a possible violation of a *Criminal Code* provision. However that does not attach any judicial *imprimatur* to such a deduction, nor does it alleviate the admissibility and compellability rules that law enforcement would otherwise have to contend with in the event of prosecution. Furthermore, there is no indication here that subsequent criminal proceedings will ensue, and in the event that they do, the findings of the Commission do not constitute proof at the trial. Section 9(1) of the *Public Inquiries Act* is unambiguous in its amplitude of procedural protection:

9.—(1) A witness at an inquiry shall be deemed to have objected to answer any question asked him upon the ground that his answer may tend to criminate him or may tend to establish his liability to civil proceedings at the instance of the Crown or of any person, and no answer given by a witness at an inquiry shall be used or be receivable in evidence against him in any trial or other proceedings against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in giving such evidence.

Given that the Commissioner may not make any findings regarding criminal responsibility, my col-

férences fonctionnelles et pratiques qui existent entre ces enquêtes et les enquêtes préliminaires ou les dénonciations auxquelles elles ont été comparées. Ces dernières sont clairement accessoires aux poursuites criminelles, elles sont prévues dans le *Code criminel* et elles sont accompagnées de toutes les garanties procédurales qui sont le propre de l'application de la loi. Des personnes précises sont visées dans le but exprès et exclusif d'une mise en accusation.

De toute évidence, les commissions d'enquête jouent un rôle différent. Elles peuvent, comme en l'espèce, désigner nommément une personne aux fins d'identifier l'objectif général de l'enquête et définir sa portée. Cette enquête n'a pas pour but de déterminer la responsabilité criminelle. En fait, le mandat interdit expressément au commissaire de formuler une telle conclusion. Cette restriction rend les propos de mon collègue encore plus déconcertants. Il est évident qu'un rapport qui fait état de relations d'affaires ainsi que d'avantages conférés peut permettre de déduire l'existence d'un «lien» et la possibilité d'une infraction au *Code criminel*. Toutefois, cela ne confère aucun *imprimatur* judiciaire à une telle déduction ni n'adoucit les règles en matière d'admissibilité et de contraignabilité que les responsables de l'application de la loi devront par ailleurs respecter dans l'éventualité d'une poursuite. De plus, rien n'indique en l'espèce que des poursuites criminelles seront engagées par la suite et, même si tel était le cas, les conclusions de la Commission ne constitueraient pas des éléments de preuve au procès. Le paragraphe 9(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques* est dénué d'ambiguïté quant à la portée de la protection procédurale:

9 (1) Un témoin à une enquête est réputé s'être opposé à répondre à toute question qu'on lui pose, pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à établir sa responsabilité dans une procédure civile, notamment à la demande de la Couronne. Nulle réponse donnée par un témoin au cours d'une enquête ne doit être utilisée ni être recevable en preuve contre lui dans un procès ou une instance subséquents où il sera le défendeur, sauf le cas de poursuite pour parjure relativement à cette réponse.

Étant donné que le commissaire ne peut se prononcer sur la responsabilité criminelle, la con-

league's conclusion effectively undermines the provinces' ability to empower future commissions for fear that similar "inferences" will subvert the federal criminal law prerogative. So long as we appreciate the conclusive distinction between the characteristics of an inquiry and a police investigation under the *Criminal Code*, it remains incontrovertible that part 2 of the terms of reference is equally *intra vires*, and the mere fact that the language may resemble s. 121(1)(b) cannot frustrate the constitutionality of the Order in Council.

Regardless of how closely the terms of reference parallel s. 121 of the *Criminal Code*, it is the purpose and effect rather than the strict enabling language of the Commission that ought to be looked at. Once one acknowledges the internal limitations on the Commission's scope, it is difficult to share the opinion that criminal findings are being made and that the province is encroaching upon federal jurisdiction. The powers conferred upon the Houlden Commission do not carry penal consequences, nor is the Commission vested with the same coercive measures as a police investigation. Therefore, the fear of provincial incursion into a strictly federal sphere never comes into play here.

I would like to respond briefly to Lamer J.'s contention, at p. 1405, that as "the present inquiry names individuals who are the alleged perpetrators of the misconduct", it bears too close a resemblance to a prosecution under the *Criminal Code*. Grange J., who served as Commissioner for the inquiry at issue in *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210, recently remarked in "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?" (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, at pp. 154-55:

I remember once thinking egotistically that all the evidence, all the antics, had only one aim: to convince the commissioner who, after all, eventually wrote the report. But I soon discovered my error. They are not just inquiries; they are *public* inquiries. When I was told in the course of the Hospital for Sick Children Commission that I could not name names, that is, identify the perpetrators of the deaths of those babies (even if the evidence justified it), I wondered what all the evidence

conclusion à laquelle en arrive mon collègue réduit en fait la capacité de la province de créer de futures commissions de crainte que des «déductions» de ce genre ne portent atteinte à la prérogative fédérale en matière de droit criminel. Tant que nous sommes conscients de la distinction nette qui existe entre les caractéristiques d'une commission d'enquête et celles d'une enquête policière en vertu du *Code criminel*, il est indéniable que la partie 2 du mandat est également *intra vires* et que le simple fait d'une similarité entre ce texte et l'al. 121(1)b) ne peut rendre le décret inconstitutionnel.

Peu importe le degré de ressemblance entre le mandat et l'art. 121 du *Code criminel*, ce sont et l'objet et l'effet plutôt que les termes stricts des dispositions habilitant la Commission qui doivent être examinés. Dès lors qu'on reconnaît les limites internes quant à la portée du mandat de la Commission, il est difficile de partager l'opinion qu'elle tirera des conclusions criminelles et que la province empiète sur la compétence fédérale. Les pouvoirs conférés à la Commission Houlden n'entraînent pas de conséquences pénales et la Commission n'est pas dotée des mêmes mesures coercitives qu'une enquête policière. Par conséquent, la crainte d'un empiètement provincial dans un domaine strictement fédéral est sans fondement en l'espèce.

Je tiens à répondre brièvement à l'argument du juge Lamer, à la p. 1405, selon lequel, étant donné que «la présente enquête désigne les personnes qui seraient les auteurs des actes répréhensibles», elle ressemble trop à une poursuite en vertu du *Code criminel*. Le juge Grange, qui avait été nommé commissaire dans l'enquête visée par l'arrêt *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210, dit ceci dans «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?» (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, aux pp. 154 et 155:

[TRADUCTION] Je me souviens d'avoir cru par pur égotisme, que tous les éléments de preuve, toute la procédure n'avaient qu'un seul but: convaincre le commissaire qui, après tout, rédigeait en fin de compte le rapport. J'ai rapidement découvert mon erreur. Il ne s'agit pas simplement d'enquêtes; il s'agit d'enquêtes publiques. Lorsqu'on m'a dit, dans le cadre de la commission sur l'Hôpital des Enfants malades que je ne pourrais pas donner de nom, c'est-à-dire identifier les

and the time and expense was all about and whether it was all being wasted. But after I had reflected awhile and got over my sulks, I realized that there was another purpose to the inquiry just as important as one man's solution to the mystery and that was to inform the public. Merely presenting the evidence in public, evidence which had hitherto been given only in private, served that purpose. The public has a special interest, a right to know and a right to form its opinion as it goes along. [Emphasis added.]

My colleague acknowledges that “naming”, by itself, would not render the establishment of this commission *ultra vires*. Using language resembling that of a *Criminal Code* provision, or conducting a concurrent police investigation would similarly not be fatal. Each independently would pass muster. However, by “stacking” these admittedly *intra vires* components to define the scope of the inquiry, my colleague has concluded that the province has gone too far, and has usurped the federal criminal law power. I am not persuaded that such a principle of superimposition does exist, and if it does, that it is properly applied to commissions of inquiry. I believe that more is required in order to affix the label of unconstitutionality to an otherwise *intra vires* proceeding; here nothing short of a criminal investigation will do, and that is not what this inquiry is all about.

Furthermore, the remote and latent risk of “colourability” should not impede legitimate provincial objectives. As the Divisional Court held at p. 418:

While recognizing that the Commissioner may find difficulty in complying with the prohibition against drawing conclusions as to responsibility, criminal or civil, we do not at present see the task as impossible. To attempt to assess that factor without any evidence upon which the Commission may report, is in our opinion premature. [Emphasis added.]

I share that opinion. The presumption ought to be in favour of validity. The proposition, at p. 1408, that the Commission “is in effect a substitute police investigation and preliminary inquiry into a

meurtriers des bébés (même si la preuve le justifiait), je me suis demandé ce que signifiaient tous les témoignages, le temps et les dépenses et s'il s'agissait d'un gaspillage. Mais après avoir réfléchi un certain temps et surmonté mon dépit, j'ai compris que l'enquête avait un autre but tout aussi important que la solution du mystère: c'était d'informer le public. Le simple fait de présenter la preuve en public, preuve qui avait jusqu'ici été présentée seulement en privé, a permis de le faire. Le public a un intérêt spécial, le droit de savoir et le droit de se former une opinion grâce à ce qu'il apprend. [Je souligne.]

Mon collègue reconnaît qu'en soi, le fait de «donner des noms» ne rendrait pas *ultra vires* la création de cette commission. L'utilisation d'un texte qui ressemble à celui d'une disposition du *Code criminel* ou la tenue parallèle d'une enquête policière ne seraient pas fatales non plus. Chacune prise séparément, ne serait pas non plus fatale. Toutefois, en «additionnant» ces composantes, reconnues *intra vires*, pour définir la portée de l'enquête, la province, selon mon collègue, est allée trop loin et a usurpé la compétence fédérale en matière criminelle. Je ne suis pas convaincue qu'un tel principe de superposition existe et, s'il existe, qu'il y a lieu de l'appliquer aux commissions d'enquête. J'estime qu'il faut beaucoup plus pour apposer une étiquette d'inconstitutionnalité à une procédure qui, par ailleurs, est *intra vires*; en l'espèce, rien de moins qu'une enquête criminelle ne ferait l'affaire et ce n'est pas du tout ce qu'est l'enquête en cause.

En outre, le risque lointain et latent de «législation déguisée» ne devrait pas faire obstacle à des objectifs provinciaux légitimes. La Cour divisionnaire a conclu à la p. 418:

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le commissaire peut avoir de la difficulté à se conformer à l'interdiction de tirer des conclusions quant à la responsabilité, criminelle ou civile, nous ne considérons pas à l'heure actuelle qu'il s'agit d'une tâche impossible. Il est à notre avis, prématuré de tenter d'évaluer ce facteur sans aucun élément de preuve sur lequel la Commission peut faire un rapport. [Je souligne.]

Je partage cette opinion. La présomption devrait jouer en faveur de la validité. L'argument, à la p. 1408, selon lequel la Commission «soit de fait un substitut d'enquête de police et d'enquête prélimi-

specific allegation of criminal conduct by named, private citizens” is misconceived. The coercive component is entirely different and there is no threat of incarceration.

Preliminary inquiries, as provided for in Part XVIII of the *Criminal Code*, deal with an accused who is charged with an indictable offence (s. 535). In this case, there is no accused and no charges have been laid. Section 548 of the *Criminal Code*, which empowers a judge to order the accused to stand trial if in his or her opinion there is sufficient evidence to do so, is similarly inapplicable. Such an order is completely foreign to the mandate and purposes of this inquiry. As my colleague acknowledges, at p. 1409, “it is clear that the fact that a witness before a commission may subsequently be a defendant in a criminal trial does not render the commission *ultra vires* the province.”

This makes it exceedingly difficult to characterize the Commissioner as one “assimilating his role to that of a judge presiding at a preliminary inquiry”. Mr. Justice David McDonald, in *Re Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police* (1978), 94 D.L.R. (3d) 365, at p. 370, put the issue as follows:

The Commission is not a Court. It is not a branch of the judiciary. It fulfils Executive or administrative functions . . . the gulf is wide between “the position of a judge in court and that of a fact-finding and advisory body which can only be classed as administrative notwithstanding that both hold hearings”.

The Governor in Council, in creating such a Commission as this, asks this newly and specially created unit of the Executive branch of Government to examine some particular aspect of the Government (*i.e.*, the Executive). The Executive branch, through its chosen Executive instrument, is examining itself. This must not be forgotten by those who expect the Commission to do as they wish and as it wishes (assuming they are one and the same). The Commission is created by the Executive (the Governor in Council) and its terms of reference can be altered—indeed, its very existence can be abrogated—by another Order in Council at any time. [Emphasis added.]

naire relativement à une allégation précise de perpétration d’infractions criminelles par des personnes nommément désignées» est mal fondé. La composante coercitive est entièrement différente et il n’y a aucune menace d’incarcération.

Les enquêtes préliminaires, prévues à la Partie XVIII du *Code criminel*, visent un prévenu inculpé d’un acte criminel (art. 535). En l’espèce, il n’y a aucun prévenu et aucune accusation n’a été portée. De même, l’art. 548 du *Code criminel*, qui permet à un juge de renvoyer l’accusé à son procès s’il estime la preuve suffisante pour ce faire, ne s’applique pas. Une telle ordonnance est complètement étrangère au mandat et aux objets de cette enquête. Comme mon collègue le reconnaît, à la p. 1409 «il est manifeste que le risque qu’un témoin devant une commission d’enquête devienne plus tard un accusé dans son procès sur une accusation criminelle ne rend pas la commission *ultra vires* de la province.»

Ceci rend extrêmement difficile de caractériser le commissaire comme une personne «assumant le rôle d’un juge qui préside une enquête préliminaire». Le juge David McDonald, dans *Re Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police* (1978), 94 D.L.R. (3d) 365, à la p. 370, aborde la question de la manière suivante:

[TRADUCTION] La commission n’est pas un tribunal. Elle ne relève pas du pouvoir judiciaire. Elle exerce des fonctions administratives ou qui relèvent du pouvoir exécutif. [. . .] il existe une grande différence entre «la position d’un juge de cour de justice et celle d’un organisme chargé de faire enquête et de conseiller qui ne peut être décrit que comme administratif, même si les deux tiennent des audiences».

Le gouverneur en conseil, en instituant une telle commission, demande à cette section spécialement créée du pouvoir exécutif du gouvernement d’examiner un aspect particulier du gouvernement (c’est-à-dire le pouvoir exécutif). Le pouvoir exécutif, au moyen de l’outil exécutif qu’il a choisi, s’examine lui-même. Ceux qui s’attendent à ce que la commission agisse comme ils le désirent ou comme elle le désire (si l’on présume qu’il s’agit des mêmes personnes) ne doivent pas l’oublier. La commission est instituée par le pouvoir exécutif (le gouverneur en conseil) et son mandat peut en fait être modifié—son existence même peut être abrogée—en tout temps par un autre décret. [Je souligne.]

An inspection of the terms of reference embodied in the Order in Council has led me to the inexorable conclusion that such terms are not commensurate with a criminal investigation into specific crimes committed by specific, named individuals. Consequently this Order in Council, which properly deals with matters of provincial concern, is within the constitutional power of the province of Ontario.

(c) *The Case Law*

This Court has consistently upheld the power of commissions in circumstances similar to the present case. In *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, an inquiry was held to be constitutional despite the fact that its sole purpose was to ascertain who might be charged with a particular homicide.

In *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218, this Court upheld the constitutionality of a provincial Order in Council which required the Commissioner as part of his mandate to investigate and report on various allegedly illegal or reprehensible incidents or acts in which various police forces were involved, including the Royal Canadian Mounted Police. This was a provincial inquiry into the conduct of the R.C.M.P.! The Houlden Commission is charged with the investigation of provincial public officials, clearly contemplated within the ambit of s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*. The jurisdiction of a province over the conduct of elected and unelected provincial public officials is no less valid than its jurisdiction over police forces.

Keable dealt with specific events, including a theft of dynamite, an illegal entry, a search, arson, as well as the conduct of all persons involved in those events. It was quite apparent that the provincial inquiry would, in all likelihood, reveal evidence of criminal activity of identified individuals, and lead to or form the basis of criminal charges. In fact, such evidence was revealed, and criminal charges were eventually laid. *R. v. Vermette*,

L'examen du mandat décrit dans le décret m'amène inexorablement à la conclusion que ce mandat ne peut être assimilé à une enquête criminelle sur des crimes particuliers perpétrés par des personnes nommément désignées. Par conséquent ce décret, qui traite à bon droit de questions provinciales, relève du pouvoir constitutionnel de la province de l'Ontario.

c) *La jurisprudence*

Notre Cour a régulièrement confirmé le pouvoir des commissions d'enquête dans des circonstances semblables à celles de l'espèce. Dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, une enquête a été jugée constitutionnelle malgré le fait qu'elle avait uniquement pour but de déterminer qui serait susceptible d'être accusé d'un homicide précis.

Dans l'arrêt *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218, notre Cour a confirmé la constitutionnalité d'un décret provincial qui chargeait le commissaire, dans le cadre de son mandat, de faire enquête et rapport sur divers incidents ou actes illégaux ou répréhensibles de divers corps policiers, dont la Gendarmerie royale du Canada. Il s'agissait d'une enquête provinciale sur la conduite de la GRC! La Commission Houlden est chargée d'enquêter sur des fonctionnaires publics provinciaux, ce qui, de toute évidence, s'inscrit dans le cadre du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence d'une province sur la conduite de fonctionnaires publics provinciaux élus et non élus n'est pas moins valide que sa compétence sur des corps policiers.

L'arrêt *Keable* traitait d'événements précis, dont un vol de dynamite, une entrée illégale, une perquisition, un incendie, ainsi que de la conduite de toutes les personnes impliquées dans ces événements. Il était assez évident que, selon toute vraisemblance, l'enquête provinciale révélerait des preuves d'activités criminelles par des personnes identifiées et entraînerait des accusations criminelles ou en constituerait le fondement. En fait, de tels éléments de preuve ont été révélés et, finalement, des accusations criminelles ont été portées. *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985. Comme le

[1988] 1 S.C.R. 985. As Pigeon J. stated in *Keable*, at p. 241:

On the other hand, it appears to me that the majority opinion in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, is conclusive of the validity of the Commission's mandate to the extent that it is for an inquiry into specific criminal activities. I can see no basis for a distinction between such an inquiry and an inquiry into "organized crime" as in *Di Iorio*, or a coroner's inquiry into a criminal homicide as in *Faber v. The Queen*, or a fire marshal's inquiry into arson as in *Regina v. Coote*. Notwithstanding all the arguments submitted by counsel for the Solicitor General of Canada, I find myself [bound] by authority to hold that such inquiries come within the scope of "The Administration of Justice in the Province". [Emphasis added.]

In *Di Iorio*, this Court held that an inquiry into organized crime in the province of Quebec was constitutionally valid. In referring to *Faber*, Pigeon J. stated at pp. 191-92:

What was there submitted by the appellant, as by the present appellants, was essentially that the matter was one coming within the description of "procedure in a criminal matter" because it was an enquiry into allegedly criminal activities. If it must be said that such an enquiry prior to any charge being laid under the *Criminal Code* comes within the description of "Administration of Justice in the Province", not of "Procedure in a Criminal Matter", I cannot appreciate how one may take a different view where the object of the enquiry, instead of being the gathering of information sufficient to lay a charge for criminally causing the death of a person [Faber], is the gathering of information identifying persons engaged in organized crime and describing their activities.

In my view, the decision in *Faber* is conclusive against appellants' contention that the matter is "criminal" because the enquiry was concerned with criminal activities. It is obvious that, in s. 91(27) . . . , the scope of "Criminal Law" and "Procedure in Criminal Matters" is narrowed by the allocation to the provinces of jurisdiction over the "Administration of Justice" in all matters civil and criminal, which has consistently been held to include the detection of criminal activities. The judgment in *Batary* shows that once a charge is laid under the *Criminal Code* an accused may be said to be subject to criminal proceedings, but *Faber* and the other cases

juge Pigeon l'a affirmé dans l'arrêt *Keable*, à la p. 241:

D'un autre côté, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal* me paraît concluante sur la validité du mandat de la Commission dans la mesure où il s'agit d'une enquête sur des activités criminelles spécifiées. Je ne vois aucune possibilité de distinction entre ce genre d'enquête et une enquête sur le «crime organisé» comme dans l'arrêt *Di Iorio*, ou une enquête de coroner sur un homicide criminel, comme dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, ou une enquête de prévôt des incendies sur un incendie criminel comme dans l'arrêt *Regina v. Coote*. Malgré l'argumentation de l'avocat du Solliciteur général du Canada, je me vois obligé par cette jurisprudence de conclure que ces enquêtes relèvent de «l'administration de la justice dans la province». [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Di Iorio*, notre Cour a conclu qu'une enquête sur le crime organisé dans la province de Québec était valide du point de vue constitutionnel. Se référant à l'arrêt *Faber*, le juge Pigeon a dit aux pp. 191 et 192:

La prétention essentielle de l'appelant en cette cause-là, comme celle des appelants en l'espèce, c'est que l'affaire tombait sous la désignation de «procédure en matière criminelle» parce qu'il s'agissait d'une enquête sur des activités présumément criminelles. Si l'on doit accepter qu'une enquête tenue avant qu'aucune accusation ne soit portée en vertu du *Code criminel* tombe sous la désignation de «administration de la justice dans la province» et non sous celle de «procédure en matière criminelle», je ne puis voir comment on puisse adopter un point de vue différent lorsque l'enquête, au lieu de viser à recueillir des renseignements suffisants pour porter une accusation d'avoir criminellement causé la mort d'une personne, vise à recueillir des renseignements permettant l'identification des personnes qui concourent au crime organisé et la description de leurs activités.

Selon moi, la décision dans *Faber* est concluante à l'encontre de la prétention des appelants qu'il s'agit d'une matière «criminelle» parce que l'enquête vise des activités criminelles. Il est évident que dans le par. (27) de l'art. 91 . . . , la portée du «droit criminel» et de la «procédure en matière criminelle» est limitée par l'attribution aux provinces de la compétence sur «l'administration de la justice» en toutes matières civiles et criminelles, ce que l'on a constamment jugé comprendre la recherche des activités criminelles. Le jugement dans *Batary* montre qu'après qu'une accusation a été portée en vertu du *Code criminel*, on peut considérer l'accusé

cited show that a person who is merely exposed to a charge is not in the same situation. The conclusion reached in *Faber* cannot be viewed as proceeding on the basis that the detection of crime was not the principal object of the coroner's inquest. The fact is that this was the sole object of the inquest at the particular time when the proceedings were initiated. [Emphasis added.]

In the most recent decision of this Court relating to commissions of inquiry, *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, three commissioners were appointed to inquire into and report on all matters associated with injuries sustained by a prisoner while in custody. The prisoner had complained that he had been assaulted and injured by police officers during his detention. In that case, the terms of reference read in part, at p. 596:

- (a) all factors surrounding the detention of Jacobsen [the prisoner] at the Vancouver Police Station on September 30, 1983, particularly, the reason for and the period of detention,
- (b) whether Jacobsen sustained injuries while detained in Police custody and if so, the extent thereof, the person or persons who inflicted them, the reason for so inflicting them and the time and place the injuries were sustained, [Emphasis added.]

These terms of reference were held to be perfectly valid even though the Commissioner was clearly called upon to inquire into activities which could form the basis of criminal charges. In rendering judgment, Dickson C.J. also stated that the fact that criminal charges could be laid further down the line did not render the inquiry unconstitutional. Holding that the inquiry was, *inter alia*, a valid exercise of the province's power under s. 92(14) (the administration of justice), he wrote at pp. 610-11:

A province has a valid and legitimate constitutional interest in determining the nature, source and reasons for inappropriate and possibly criminal activities engaged in by members of police forces under its jurisdiction. At stake is the management of the means by which justice is administered in the province. That such activity may later form the basis of a criminal charge and thus engage federal interests in criminal law and

comme faisant l'objet de procédures criminelles, mais *Faber* et les autres arrêts cités démontrent qu'une personne qui est simplement susceptible d'être accusée n'est pas dans la même situation. On ne peut pas dire que la conclusion tirée dans *Faber* repose sur le motif que la recherche du crime n'était pas le but principal de l'enquête du coroner. De fait, c'était le seul objet de l'enquête au moment où les procédures ont été entamées. [Je souligne.]

Dans l'arrêt le plus récent de notre Cour concernant des commissions d'enquête, *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, trois commissaires avaient été nommés pour enquêter et faire rapport sur toutes les questions liées aux blessures subies par un prisonnier alors qu'il était en détention. Le détenu s'était plaint d'avoir été agressé et blessé par des agents de police pendant sa détention. Dans cette affaire, le mandat prévoyait en partie ceci, à la p. 596:

- a) tous les facteurs entourant la détention de Jacobsen au poste de police de Vancouver le 30 septembre 1983, plus particulièrement, sur les motifs de cette détention et la durée de celle-ci,
- b) la question de savoir si Jacobsen a subi des blessures alors qu'il était détenu par la police et, dans l'affirmative, sur la gravité de celles-ci, sur la ou les personnes qui les ont infligées, les motifs pour lesquels elles ont été infligées et le moment et l'endroit où les blessures ont été causées, [Je souligne.]

Ce mandat a été jugé parfaitement valide même si le commissaire était clairement chargé d'enquêter sur des activités qui pouvaient faire l'objet d'accusations criminelles. Dans ses motifs, le juge en chef Dickson a également déclaré que le fait que des accusations criminelles pouvaient être portées plus tard ne rendait pas l'enquête inconstitutionnelle. Tout en concluant que l'enquête était, notamment, l'exercice valide d'un pouvoir provincial conféré par le par. 92(14) (l'administration de la justice), il a dit aux pp. 610 et 611:

Une province a un intérêt constitutionnel valide et légitime pour déterminer la nature, la source et les motifs des activités répréhensibles, voire criminelles, exercées par les membres des corps de police qui relèvent de sa compétence. C'est la gestion des moyens d'administrer la justice dans la province qui est en jeu. À mon avis, le fait qu'une telle activité puisse par la suite constituer le fondement d'une accusation criminelle et ainsi toucher

criminal procedure, does not, in my view, undermine this basic principle . . . The inquiry is mandated to investigate alleged acts of wrongdoing for purposes different from those which underlie criminal law and criminal procedure. The purpose of the inquiry is not to determine criminal responsibility. As such, it is no different from a coroner's inquiry, the constitutionality of which was affirmed by this Court in *Faber, supra*. [Emphasis added.]

The present inquiry has not set up a *lis* between the state and accused persons. It is, despite its more focused scope, a general investigation into improprieties involving persons both named and unnamed, known and unknown. In *O'Hara*, it was strongly suspected that the inquiry would reveal which of several police officers injured an individual detained in a jail operated by the municipal police. The terms of reference clearly focused on the conduct of specific individuals. Only six police officers were present during the night in question. This comprises a much narrower group than "public officials, elected or unelected". Furthermore, the terms were phrased in such a way that once the findings were complete, the "inference" would in reality be a conclusion. Were injuries sustained? If so, how and when were they sustained? How severe were they and who inflicted them? If this type of inquiry is *intra vires* the province, then the present inquiry most certainly is as well. Ultimately, one of the individuals who was the subject of the *O'Hara* inquiry was convicted of aggravated assault in relation to the incident which gave rise to the inquiry: *R. v. Nixon* (1989), 8 W.C.B. (2d) 246, British Columbia Supreme Court, September 28, 1989, Vancouver No. CC890587. It was noted in *O'Hara*, at pp. 610-11:

That such activity may later form the basis of a criminal charge and thus engage federal interests in criminal law and criminal procedure, does not, in my view, undermine this basic principle . . . The inquiry is mandated to investigate alleged acts of wrongdoing for purposes different from those which underlie criminal law and criminal procedure. The purpose of the inquiry is not to determine criminal responsibility.

les intérêts du gouvernement fédéral relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, ne porte pas atteinte à ce principe fondamental. [. . .] La commission d'enquête est chargée d'enquêter sur de présomés méfaits pour des fins différentes de celles qui sous-tendent le droit criminel et la procédure en matière criminelle. L'enquête n'a pas pour but de déterminer la responsabilité criminelle. Comme tel, ce but n'est pas différent de celui de l'enquête d'un coroner dont la constitutionnalité a été confirmée par cette Cour dans l'arrêt *Faber*, précité. [Je souligne.]

La présente enquête n'a pas donné naissance à un litige entre l'État et des accusés. Il s'agit, malgré sa portée plus restreinte, d'une enquête générale sur des irrégularités imputées à des personnes nommément désignées ou non, connues et inconnues. Dans l'arrêt *O'Hara*, on avait de fortes raisons de croire que l'enquête révélerait lequel d'entre plusieurs agents de police avait blessé une personne détenue dans une prison relevant de la police municipale. Le mandat visait clairement la conduite de personnes précises. Six agents de police seulement étaient présents au cours de la nuit en question, donc un groupe beaucoup plus restreint que celui des «fonctionnaires publics élus ou non élus». En outre, le mandat était rédigé de manière que, à la fin de l'enquête, la «déduction» serait en réalité une conclusion. Y a-t-il eu des blessures? Dans l'affirmative de quelle manière et quand ont-elles été subies? Quelle était leur gravité et qui les a infligées? Si ce genre d'enquête est *intra vires* de la province, alors la présente enquête l'est certainement aussi. En fin de compte, l'une des personnes visées par l'enquête dans l'arrêt *O'Hara* a été déclarée coupable de voies de fait graves relativement à l'incident qui avait provoqué cette enquête. *R. v. Nixon* (1989), 8 W.C.B. (2d) 246, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 28 septembre 1989, Vancouver, n° CC890587. Voici ce que dit l'arrêt *O'Hara*, aux pp. 610 et 611:

À mon avis, le fait qu'une telle activité puisse par la suite constituer le fondement d'une accusation criminelle et ainsi toucher les intérêts du gouvernement fédéral relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, ne porte pas atteinte à ce principe fondamental. [. . .] La commission d'enquête est chargée d'enquêter sur de présomés méfaits pour des fins différentes de celles qui sous-tendent le droit criminel et la procédure en matière criminelle.

I will respond directly to my colleague's effort to distinguish this Court's prior decisions. He interprets *Faber* as standing for the proposition that (at p. 1392) "coroners' inquests have a primary purpose other than the investigation of whether a specific crime was committed." This conclusion is based on de Grandpré J.'s delineation in *Faber*, at pp. 30-31, of what these inquests, apart from the investigation of crime, are designed to accomplish:

- (a) identification of the exact circumstances surrounding a death serves to check public imagination, and prevents it from becoming irresponsible;
- (b) examination of the specific circumstances of a death and regular analysis of a number of cases enables the community to be aware of the factors which put human life at risk in given circumstances;
- (c) the care taken by the authorities to inquire into the circumstances, every time a death is not clearly natural or accidental, reassures the public and makes it aware that the government is acting to ensure that the guarantees relating to human life are duly respected.

In this situation, while the investigation of crime is important, it is not the determining aspect of the coroner's functions, with the result that the "criminal" aspect is not predominant.

Furthermore, the proceeding itself is not as such concerned with the investigation of crime. As has been indicated on several occasions,

- (a) the inquest is not a trial;
- (b) there is no accused. [Emphasis added.]

Equally here, the investigation of crime "is not the determining aspect" of the Commission's function. There is no "accused" in front of a commission. The fact that Ms. Starr is named in the terms of reference simply defines the terms with sharper resolution; her inclusion as a witness provides a narrower frame of reference. This is consistent with the Premier's statement: "We do not want this thing to go on for the next five or 10 years." (*Hansard*, June 28, 1989, at p. 1712): see *supra*, at p. 1422. My colleague concludes, at p. 1403, that "there seems to be a complete absence of any broad, policy basis for the inquiry". He bases this contention on the fact that Ms. Starr and Tridel Corporation Inc. are named in the terms of reference. However, this does not prevent the Commis-

Je répondrai directement à la tentative de mon collègue de distinguer les arrêts antérieurs de notre Cour. Selon son interprétation, l'arrêt *Faber* appuie la proposition selon laquelle, à la p. 1392, «les enquêtes du coroner portent en réalité sur des questions autres que l'enquête sur la perpétration d'un crime précis.» Cette conclusion est fondée sur la délimitation par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Faber*, aux pp. 30 et 31, de ce que ces enquêtes sont destinées à accomplir, à part l'investigation d'un crime:

- a) la détermination des circonstances exactes entourant un décès met un frein à l'imagination du public, empêchant qu'il devienne la folle du logis;
- b) l'examen des circonstances particulières d'un décès et l'étude répétée de plusieurs cas permettent à la collectivité de prendre conscience des facteurs qui mettent en danger la vie humaine dans des circonstances données;
- c) le soin pris par les autorités, chaque fois que le décès n'est pas évidemment naturel ou accidentel, de se pencher sur les circonstances rassure la population en lui permettant de constater que l'État veille à ce que les garanties entourant la vie humaine soient dûment respectées.

Dans ce contexte, la recherche du crime, tout en étant importante, n'est pas l'élément déterminant des fonctions du coroner, de sorte que l'aspect «criminel» n'est pas prédominant.

La procédure elle-même d'ailleurs ne vise pas en soi la recherche du crime. Comme il a été souligné à plusieurs reprises,

- a) l'enquête n'est pas un procès;
- b) il n'y a pas d'accusé. [Je souligne.]

De même, en l'espèce, la recherche du crime «n'est pas l'élément déterminant» de la fonction de la Commission. Il n'y a pas «d'accusé» devant la Commission. Le fait que le nom de M^{me} Starr soit mentionné dans le mandat en définit simplement les termes de façon plus précise; son inclusion à titre de témoin permet de restreindre le cadre du mandat. Cela correspond à la déclaration du premier ministre: [TRADUCTION] «Nous ne voulons pas que cet exercice se poursuive pendant les cinq ou dix prochaines années.» (*Hansard*, le 28 juin 1989, à la p. 1712): voir précité, à la p. 1422. Mon collègue conclut, à la p. 1403 qu'il semble n'y avoir absolument aucun principe général sous-jacent à l'enquête». Il fonde cette affirmation sur le fait que les noms de M^{me} Starr et de Tridel Corpo-

sion from investigating others, seeking an expansion of its powers, or recommending policy and administrative changes should the need arise.

Moreover, the amplitude must be tailored to the demands and constraints dictated by the facts at issue. One of the privileges of the Legislature is to define the scope of the inquiry. While adopting the broad, open-ended language suggested by the Opposition may seem theoretically appealing to some, such an undertaking could have no practical utility for, as the Premier pointed out, its task may never be complete.

Lamer J. then dissects the decision in *Di Iorio*, properly identifying Dickson C.J. (then Dickson J.) as speaking for the majority. It is also true that the majority was not as sweeping as Pigeon J. (Martland, Judson and Ritchie JJ. concurred with both Dickson J. and Pigeon J.) in its characterization of *Faber* as enabling a province "to set up an inquiry solely for the purpose of investigating whether a particular crime was committed" (at p. 1392). Rather, at p. 210, Dickson J. found that:

... a valid distinction can be made between criminal procedure and an inquiry into criminal acts. What is in issue here is an inquiry into specific matters encompassed by the term, Administration of Justice in the Province. The Inquiry possesses purposes and functions which are separate and distinct from the procedures which accompany the investigation and prosecution in a criminal matter. Accepting that police investigation of an individual must comply with federal standards of criminal procedure, it is not immediately apparent why an investigative overview of crime on a collective basis should be open to constitutional attack. [Emphasis added.]

In my view, this reasoning directly applies to the present case.

In his treatment of *Keable*, my colleague explains, at p. 1395, that "the decision of Pigeon J. should not be taken to mean that it is within provincial jurisdiction to directly investigate par-

ration Inc. sont mentionnés dans le mandat. Toutefois, cela n'empêche pas la Commission de faire enquête sur d'autres personnes, de chercher à obtenir un élargissement de ses pouvoirs ou de recommander au besoin des changements administratifs ou de politique.

De plus, sa portée doit être adaptée aux exigences et aux contraintes dictées par les faits de l'espèce. L'un des privilèges de l'Assemblée législative est de préciser la portée de l'enquête. Bien que l'adoption d'un texte général et non limitatif que proposait l'opposition puisse être attrayante en théorie pour certaines personnes, une telle entreprise pourrait n'avoir aucune utilité pratique car, comme le premier ministre l'a souligné, son travail pourrait ne jamais se terminer.

Le juge Lamer analyse ensuite de façon détaillée l'arrêt *Di Iorio*, en identifiant à bon droit le juge en chef Dickson (alors juge puîné) comme parlant au nom de la majorité. Il est aussi exact que la majorité n'était pas aussi catégorique que le juge Pigeon (les juges Martland, Judson et Ritchie ont donné leur appui tant au juge en chef Dickson qu'au juge Pigeon) lorsqu'elle a dit que l'arrêt *Faber* permettait à une province «d'établir une enquête dont le seul but est de rechercher si un crime précis a été commis» (à la p. 1392). Le juge Dickson dit plutôt, à la p. 210:

... on peut établir une distinction valable entre la procédure en matière criminelle et une enquête sur des actes criminels. Ce qui, en l'espèce, est en litige est une enquête sur des sujets donnés compris dans l'expression, administration de la justice dans la province. Le but et le rôle de l'enquête sont différents et distincts des procédures d'enquête et de poursuite dans une affaire criminelle. Même en admettant que toute enquête policière sur un citoyen doit respecter les normes fédérales de la procédure criminelle, je ne vois pas bien pourquoi on pourrait attaquer la constitutionnalité d'une enquête générale sur le crime, faite sur une base collective. [Je souligne.]

À mon avis, ce raisonnement s'applique directement à l'espèce.

Dans son analyse de l'arrêt *Keable*, mon collègue explique, à la p. 1395, que «cet extrait des motifs du juge Pigeon ne devrait pas être interprété comme signifiant que la province a le pouvoir

ticular individuals in respect of their alleged commission of specific criminal offences.” I read Pigeon J.’s statement as remarking that the identification of those involved in “organized crime” or “criminal homicide” can be the subject of a provincial commission of inquiry. Likewise, the identification of public officials involved in receiving improper benefits can also be explored. It is the investigation of those implicated in criminal activity, not the determination of what constitutes a criminal offence, that is the proper objective of the inquiry.

Therefore, my colleague’s stress on the commission of specific offences loses sight, in my view, of the only thing that this commission of inquiry was definitively prohibited from doing, and that is, expressing any conclusion of law regarding the civil or criminal responsibility of any individual or organization.

Martin J.A.’s decision in *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), at p. 724, is also cited by my colleague for the proposition that provinces cannot legislate with respect to criminal procedure:

Notwithstanding the overlapping between s. 91(27) and s. 92(14), manifestly it would not be within provincial competence to enact legislation enabling a police officer to summon a suspect before an official and submit the suspect to compulsory examination under oath with respect to his involvement in a crime. Even though such legislation might be described as legislation in relation to the investigation of offences and thus appear to fall within the category of the administration of justice, such legislation in pith and substance would be legislation in relation to criminal procedure and thus within the *exclusive* competence of Parliament. [Emphasis added.]

Yet this is not what happened in the present case. Rather the situation is more appropriately described by Dickson C.J. in *O’Hara*, at p. 610:

A certain degree of overlapping is implicit in the grant to the provinces of legislative authority in respect of the administration of justice and in the grant to Parliament of legislative authority in respect of criminal law and criminal procedure. A matter may well fall within the legitimate concern of a provincial legislature

d’enquêter directement sur des particuliers à l’égard d’infractions criminelles précises qu’ils auraient commises.» Selon moi, toutefois, le juge Pigeon souligne que l’identification de ceux qui sont impliqués dans le «crime organisé» ou dans un «homicide criminel» peut faire l’objet d’une commission d’enquête provinciale. De même, l’identification de fonctionnaires publics impliqués dans l’obtention d’avantages indus peut être examinée. C’est la recherche de ceux qui participent à une activité criminelle et non la détermination de ce qui constitue une infraction criminelle qui est le juste objectif de l’enquête.

Par conséquent, l’accent que mon collègue met sur la perpétration d’infractions précises ne tient pas compte, à mon avis, de la seule chose que cette commission d’enquête ne pouvait absolument pas faire, c’est-à-dire formuler une conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle d’une personne ou d’un organisme.

Mon collègue cite également les motifs du juge Martin dans l’arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), à la p. 724, à l’appui de l’argument selon lequel les provinces ne peuvent légiférer sur la procédure en matière criminelle:

[TRANSDUCTION] Malgré le chevauchement des par. 91(27) et 92(14), il ne serait manifestement pas de la compétence de la province d’adopter une loi qui permettrait à un agent de police de convoquer un suspect devant un fonctionnaire et de l’obliger à répondre, sous serment, à un interrogatoire relatif à sa participation à une infraction. Même si une telle loi pouvait être décrite comme portant sur les enquêtes relatives à des infractions et donc apparemment relever de l’administration de la justice, une telle loi porterait en réalité sur la procédure en matière criminelle et relèverait donc de la compétence *exclusive* du Parlement. [Je souligne.]

Toutefois ce n’est pas ce qui s’est produit en l’espèce. La situation est mieux décrite par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *O’Hara*, à la p. 610:

Il y a implicitement un certain chevauchement dans l’attribution aux provinces du pouvoir de légiférer en matière d’administration de la justice et dans l’attribution au Parlement du pouvoir de légiférer relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Une matière peut très bien faire légitimement l’objet de

as pertaining to the administration of justice, and may, for another purpose, fall within the scope of federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure: *Di Iorio, supra*, at p. 207. Such is the case in the present appeal. The administration of justice in this country is reflected in and ensured by the provision of police services and other enforcement agencies responsible for the investigation, detection and control of crime within the respective provinces. The control and discipline of police forces is also necessary to the administration of justice. Section 92(14) of the Constitution Act, 1867 includes the administration of criminal justice: *Di Iorio*. [Emphasis added.]

Given the declared terms of reference, it is wrong to characterize this commission of inquiry as a “Starr Chamber”, with unfettered discretion to interrogate and delve into every aspect of the named persons’ activity. Furthermore, by so construing the Commission’s powers, one would think that once the report was issued, Ms. Starr and “her partners in crime” would be carted off to prison on the basis of the “completed” inquisition. This is just not so.

With respect to *O’Hara*, my colleague at p. 1401, concludes, that the decision “speaks as much to the limitations on provincial commissions of inquiry as it does to their breadth”, and cites the Chief Justice’s qualification of the principles discussed above:

An inquiry enacted solely to determine criminal liability and to bypass the protection accorded to an accused by the Criminal Code would be *ultra vires* of a province, being a matter relating to criminal law and criminal procedure. This limitation on provincial jurisdiction is an acknowledgement of the federal nature of our system of self-government. [*O’Hara*, at pp. 611-12. Emphasis added.]

Surely an inquiry enacted solely to determine criminal liability would be *ultra vires*, but if that is the limitation to which the decision speaks, it is addressing a rather narrow target audience, and certainly not one in which this commission is attending.

mesures législatives provinciales relatives à l’administration de la justice et, pour d’autres fins, relever de la compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle: *Di Iorio*, précité, à la p. 207. C’est le cas en l’espèce. L’administration de la justice en ce pays est représentée et assurée par la constitution de services de police et d’autres organismes d’exécution de la loi qui sont chargés d’enquêter, de découvrir et de réprimer le crime au sein de leurs provinces respectives. La surveillance des corps de police et la discipline à laquelle ils sont assujettis sont également nécessaires pour l’administration de la justice. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprend l’administration de la justice criminelle: *Di Iorio*. [Je souligne.]

Compte tenu du mandat tel que formulé, il est incorrect de caractériser cette commission d’enquête de «Chambre étoilée», jouissant d’un pouvoir discrétionnaire absolu d’interroger les personnes nommées et de scruter tous les aspects de leurs activités. De plus, une telle interprétation des pouvoirs de la Commission laisserait croire que, dès la publication du rapport, M^{me} Starr et «ses partenaires dans le crime» seraient transportés à la prison sur le fondement de l’enquête «terminée». Ce n’est tout simplement pas le cas.

Relativement à l’arrêt *O’Hara*, mon collègue à la p. 1401, conclut, qu’il «vise autant les limites des commissions d’enquête provinciales que leur étendue», et cite la réserve que le Juge en chef apportait aux principes analysés précédemment:

Une enquête instituée uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle et pour contourner la protection que le Code criminel accorde à un accusé outrepasserait les pouvoirs d’une province, car il s’agirait d’une matière relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Cette limite à la compétence provinciale constitue la reconnaissance de la nature fédérale de notre système d’autonomie gouvernementale. [*O’Hara*, aux pp. 611 et 612. Je souligne.]

De toute évidence, une commission d’enquête instituée uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle serait *ultra vires*, mais si telle est la restriction apportée par cet arrêt, elle vise une clientèle limitée dont cette commission ne fait certainement pas partie.

Admittedly, as my colleague states at p. 1402, "The terms of reference name private individuals and do so in reference to language that is virtually indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision." However, the introductory restriction provides an insulating umbrella, shielding inquiry participants from the danger that they will be found "civilly or criminally responsible". The *Criminal Code* may use this same language, yet for a purpose that is diametrically opposite to the pronounced objectives of the Commission.

In fact, most commissions of inquiry established to investigate alleged improprieties by government officials, elected or not, are examining conduct which may constitute a criminal offence once all the facts have been ascertained. The language in which the Commission's mandate is framed may or may not resemble an offence described in the *Criminal Code*, and may or may not identify potential culprits by name. In either case, the end result is the same. It then becomes an exercise in semantics to determine, strictly based on the language used, whether or not the mandate is *intra vires* the province in a particular case.

The province could have phrased the terms of reference in different language. It could have given the Commission broader powers of investigation. It could have implicated more people or none at all. The alternatives are numerous. What it could not do is what the Chief Justice in *O'Hara* said, at p. 611, could not be done. That is, it could not direct "An inquiry enacted solely to determine criminal liability and to bypass the protection accorded to an accused by the *Criminal Code*". Beyond that, this commission could inquire into legitimate matters of provincial concern.

The case law entirely supports the proposition that this inquiry is *intra vires* the province. Functionally, the Houlden Commission is indistinguishable from those commissions that withstood constitutional attack in *Faber*, *Di Iorio*, *Keable*, and *O'Hara*. The semantic gymnastics used to distin-

Sans doute, comme le dit mon collègue, à la p. 1402, «Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la disposition correspondante du *Code criminel*.» Toutefois, la disposition introductive prévoit un élément isolant, qui pour les participants à l'enquête érige un rempart contre le danger d'être tenus «civilement ou criminellement responsables». Il se peut que le *Code criminel* utilise la même formulation mais dans un but diamétralement opposé à l'objectif spécifique de la Commission.

En fait, la plupart des commissions d'enquête instituées pour des irrégularités imputées à des fonctionnaires publics du gouvernement, élus ou non, examinent une conduite qui peut constituer une infraction criminelle lorsque tous les faits ont été vérifiés. Le texte du mandat de la Commission peut ressembler ou non à la description d'une infraction au *Code criminel* et peut ou non identifier les coupables éventuels nommément. Dans chaque cas, le résultat final est le même. C'est alors se livrer à un exercice sémantique que de décider, en se fondant strictement sur les termes utilisés, si oui ou non le mandat est *intra vires* de la province dans un cas en particulier.

La province aurait pu formuler le mandat d'une manière différente. Elle aurait pu donner à la Commission des pouvoirs d'enquête plus étendus. Elle aurait pu viser un plus grand nombre de personnes ou n'en viser aucune. Les possibilités sont nombreuses. Ce qu'elle ne pouvait pas faire c'est ce que le Juge en chef a dit dans l'arrêt *O'Hara*, à la p. 611, qu'on ne pouvait pas faire, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait ordonner «Une enquête instituée uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle et pour contourner la protection que le *Code criminel* accorde à un accusé». En dehors de cette restriction, la Commission pouvait enquêter sur des matières qui relèvent légitimement de la compétence de la province.

La jurisprudence appuie entièrement la proposition selon laquelle cette enquête est *intra vires* de la province. D'un point de vue fonctionnel, la Commission Houlden ne peut être distinguée des commissions dont la constitutionnalité était contestée dans les arrêts *Faber*, *Di Iorio*, *Keable* et

guish the present case from this Court's precedents are not, in my view, sufficient to displace the presumption of constitutional validity.

(d) *Conclusion*

On the question of division of powers, I do not know of any general postulate which would restrict or impede provincial inquiries into matters that are otherwise explicitly within provincial jurisdiction. I do not believe that the combination of several factors, each of which is *intra vires*, can render an inquiry constitutionally infirm. It is unnecessary for the present purposes to probe more deeply into constitutional theory regarding provincial competence to investigate public officials for alleged improprieties. However, a legislative enactment must seek to accomplish objectives that lie beyond the boundaries of its jurisdictional limits before it can be stamped *ultra vires*. Given the context and scope of this inquiry, the circumscribed language of the terms of reference, and the pronouncements of this Court, particularly in *Keable* and *O'Hara*, I cannot but find that the Order in Council at issue is *intra vires* the province of Ontario.

This inquiry is, in my view, a legitimate exercise by the province of Ontario of its powers to investigate a purely provincial matter. At the end of the day, the irresistible conclusion is that this inquiry is not an inquiry solely into a specific crime committed by specific named persons such as to encroach upon the federal criminal law power. Its wider function becomes apparent when assessed in the context of its establishment, upon a careful examination of the terms of reference, and in light of this Court's decisions in similar cases.

Given this conclusion, I must now address the second constitutional question; does the Order in Council dated July 6, 1989 infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7 to 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

O'Hara. La gymnastique sémantique utilisée pour établir une distinction entre cette affaire et les arrêts précédents de notre Cour n'est pas, à mon avis, suffisante pour écarter la présomption de validité constitutionnelle.

d) *Conclusion*

En ce qui a trait au partage des pouvoirs, je ne connais aucun principe général qui pourrait limiter ou empêcher l'examen par des commissions d'enquête de questions qui autrement relèvent explicitement de la compétence provinciale. Je ne crois pas que la combinaison de plusieurs facteurs, qui, pris individuellement, sont *intra vires*, puisse rendre une enquête invalide du point de vue constitutionnel. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner de façon plus approfondie la théorie constitutionnelle en ce qui a trait au pouvoir d'une province d'enquêter sur des fonctionnaires publics relativement à des allégations d'irrégularités. Toutefois, un texte législatif doit viser à atteindre des buts qui débordent les frontières juridiques avant de pouvoir être qualifié d'*ultra vires*. Compte tenu du contexte et de la portée de l'enquête, du texte précis du mandat, et des arrêts de notre Cour, particulièrement dans les affaires *Keable* et *O'Hara*, je ne peux que conclure que le décret en cause est *intra vires* de la province de l'Ontario.

À mon avis, cette enquête constitue un exercice légitime par la province de l'Ontario de ses pouvoirs d'enquêter dans une matière purement provinciale. En définitive, la conclusion s'impose que cette enquête ne vise pas uniquement un crime particulier perpétré par des personnes nommément désignées, de manière à empiéter sur le pouvoir du fédéral en matière de droit criminel. Son rôle plus large se dégage clairement du contexte de sa création et d'un examen attentif de son mandat, à la lumière des arrêts de notre Cour dans des affaires semblables.

Compte tenu de cette conclusion, je dois maintenant examiner la deuxième question constitutionnelle; le décret du 6 juillet 1989 porte-t-il atteinte aux droits garantis par les art. 7 à 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

II. The Charter

In *O'Hara*, at p. 612, the Chief Justice explicitly left open the possibility of a role for the *Charter* in a commission setting:

... neither a province nor Parliament may infringe the rights of Canadian citizens in establishing inquiries of this kind. This limitation is of a different sort. It is an acknowledgement of a respect for individual rights and freedoms and is embodied in the common law, various acts of both levels of governments . . . and, more recently, the *Charter*. Thus, neither level of government may establish and insist upon procedures which infringe fundamental rights and freedoms, such as the right against self-incrimination as it is defined in our law . . . [T]his Court was asked only to address its constitutionality in terms of the distribution of powers between the two levels of government. I therefore express no opinion upon the nature and extent of rights guaranteed by the *Charter* and the law of evidence as they relate to the inquiry's proceedings except to say that those rights, of course, must be respected by the relevant authorities. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the foregoing pronouncement, but I believe that there has been no such infringement in the present case. I adopt the Ontario Court of Appeal's interpretation and application of the *Charter* in this matter. The court dismisses any *Charter* challenges based on ss. 7, 11, and 13. The non-trial nature of the inquiry proceeding renders these challenges inapposite in this case. The appellants disagree, and claim that the alleged *Charter* violations are an extension of the concurrent inquiry proceeding and police investigation. Furthermore, they argue that the inquiry's prejudicial effect on subsequent criminal prosecution presents a threat of loss of liberty.

It should be pointed out that the *Charter* applies differently to Ms. Starr as an individual than it does to Tridel, the corporation. Even if we assumed that they were "persons charged with an offence", which is certainly not the case under the *Public Inquiries Act*, corporations are not, by their very nature, capable of suffering the type of indig-

II. La Charte

Dans l'arrêt *O'Hara*, à la p. 612, le Juge en chef a explicitement laissé ouverte la possibilité que la *a Charte* puisse jouer un rôle dans le cadre d'une commission d'enquête:

... ni une province ni le Parlement ne peuvent porter atteinte aux droits des citoyens canadiens en instituant des enquêtes de ce genre. Cette restriction est d'un genre *b* différent. Il s'agit de la reconnaissance du respect des droits et libertés individuels et elle est incorporée dans la *common law*, dans diverses lois écrites des deux paliers de gouvernement, y compris la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, et plus récemment, la *c Charte*. Par conséquent, aucun des deux paliers de gouvernement ne peut établir ni exiger des procédures qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux, comme le droit à la protection contre l'auto-incrimination défini dans notre droit. [...] [O]n a seulement *d* demandé à cette Cour d'en examiner la constitutionnalité en fonction du partage des pouvoirs entre les deux paliers de gouvernement. Par conséquent, je n'exprime aucune opinion quant à la nature et à l'étendue des droits que garantissent la *Charte* et le droit de la preuve relativement aux procédures de la commission d'enquête, sauf pour dire que ces droits doivent évidemment être respectés par les autorités concernées. [Je souligne.] *e*

Je souscris entièrement à l'énoncé qui précède *f* mais je suis d'avis qu'il n'y a eu aucune violation de ce genre en l'espèce. J'adopte l'interprétation et l'application de la *Charte* que fait en l'espèce la Cour d'appel de l'Ontario. La cour rejette toute contestation fondée sur les art. 7, 11 et 13 de la *g Charte*. La nature de l'enquête, différente d'un procès, enlève toute pertinence à ces contestations en l'espèce. Les appelants ne sont pas d'accord et soutiennent que les présumées violations de la *Charte* résultent de la procédure d'enquête et de *h* l'enquête policière simultanées. En outre, ils soutiennent que l'effet préjudiciable de l'enquête sur une poursuite criminelle ultérieure représente une menace à leur liberté.

i Il convient de souligner que la *Charte* ne s'applique pas à M^{me} Starr, une personne, de la même manière qu'elle s'applique à Tridel, une société. Même si l'on présumait qu'il s'agissait d'«inculpés», ce qui n'est certainement pas le cas en vertu de la *Loi sur les enquêtes publiques*, les sociétés ne peuvent, en raison de leur nature même, subir le

nities prohibited by the s. 11(c) *Charter* guarantee against self-incrimination: *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 40-41. Moreover, as this Court decided in *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1004, corporations cannot claim the protection of s. 7 because they are, as a matter of principle, excluded from the ambit of that constitutional guarantee:

That is, read as a whole, it appears to us that this section [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

As an individual, Ms. Starr may invoke s. 7 protection. She claims that certain liberty interests have been violated for the aforementioned reasons. However, if one were to accept this line of argument then all inquiries that may eventually be connected to some subsequent criminal proceedings would be constitutionally infirm. Given the prescribed limits under which a commission operates, one cannot argue that the right to life, liberty, and security of the person is being infringed in a manner contrary to fundamental justice. The Commissioner does not issue orders, he merely reports and recommends.

Concern was expressed as to whether Ms. Starr could ever hope to undergo a fair trial should criminal charges ever be brought, particularly as a result of her media exposure. Yet Ms. Starr was being discussed, if not accused, by the media well before the Legislature contemplated setting up an inquiry or pursuing any investigation whatsoever. If anything, the flexibility of the inquiry would enable her to clear any alleged blemishes to her reputation as a result of media exposure. The Commission will have to hear her. The media owe her no such duty.

genre de préjudice visé par la garantie contre l'auto-incrimination prévue à l'al. 11c) de la *Charte*: *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 40 et 41. En outre, comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 1004, les sociétés ne peuvent revendiquer la protection de l'art. 7 parce qu'elles sont, en principe, exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle:

En effet, il nous semble que, pris globalement cet article [art. 7] avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains.

Comme personne, M^{me} Starr peut invoquer la protection de l'art. 7. Elle soutient que certains de ses droits en matière de liberté ont été violés pour les motifs mentionnés précédemment. Toutefois, s'il fallait admettre cet argument, toutes les enquêtes qui pourraient éventuellement être liées à des procédures criminelles subséquentes seraient alors invalides du point de vue constitutionnel. Compte tenu des paramètres auxquels une commission d'enquête est soumise, on ne peut soutenir qu'il y a violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière contraire à la justice fondamentale. Le commissaire ne rend pas d'ordonnances, il fait simplement un rapport et des recommandations.

On s'est inquiété de savoir si M^{me} Starr pouvait espérer subir un procès équitable au cas où des accusations criminelles étaient portées contre elle, compte tenu notamment de ce qui a été relaté dans les médias. Pourtant l'affaire Starr a fait l'objet de discussions, voire d'accusations, dans les médias bien avant que l'Assemblée législative n'envisage la création d'une commission d'enquête ou la poursuite de toute autre enquête. Bien au contraire la souplesse de l'enquête lui permettrait de répondre à toute atteinte à sa réputation qui aurait résulté de la publicité donnée par les médias à cette affaire. La Commission devra l'entendre. Les médias ne lui doivent rien de tel.

Section 4 of the *Public Inquiries Act* stipulates that all hearings in an inquiry are open to the public except where the commission, in its discretion, feels that the balance of interests weighs in favour of *in camera* proceedings. Hence, the argument that permitting access to inquiry proceedings is effectively adjudication by “an electronic jury in the courtroom of public opinion” is ill-fated. It confuses the Commissioner’s role in relation to the media; granted, the media cannot be used as a sword to impose greater liability on the witnesses appearing at the inquiry—but any such effects are mitigated by the stringent rules of evidence that would govern in any subsequent criminal proceeding. Moreover, the Commission’s scope should not be restricted as a result of this media “threat”. In this sense, it cannot be used as a shield by witnesses at the inquiry. Counsel for the appellant remarked that respondents “cannot eat their cake and have it too”, yet by the same token appellants can neither deny public access to the cake, nor prevent an examination of its ingredients to see if their inclusion was suspect.

Furthermore, ss. 11 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, and s. 9 of the *Public Inquiries Act* guarantee that regardless of what evidence was tendered during the inquiry, or how the media chose to portray those events, Ms. Starr or anyone else implicated will be protected against the subsequent use of testimony given at the inquiry should the matter ever be prosecuted in a court of law.

Hence, the *Charter* has not been violated for much the same reason that the Commission is *intra vires* the province of Ontario. The alleged infringement of s. 7 cannot be sustained as the Commission is solely a recommendatory and not an adjudicative body. Determinations as to guilt or innocence, or civil or criminal liability, are specifically excluded from its functional description. Any prospective threat to liberty is purely speculative. Given compliance with the principles of fundamen-

L’article 4 de la *Loi sur les enquêtes publiques* prévoit que toutes les audiences dans une enquête sont publiques sauf lorsque la commission, à sa discrétion, est d’avis que la balance des inconvénients penche en faveur du huis clos. En conséquence, on ne peut admettre l’argument selon lequel le fait de permettre l’accès aux procédures d’enquête revient à remettre la décision entre les mains d’un «jury électronique dans la salle d’audience de l’opinion publique». Il confond le rôle du commissaire et celui des médias; il est acquis que les médias ne peuvent être utilisés comme une incitation à imposer une plus grande responsabilité aux témoins qui comparaisent à l’enquête, mais un tel effet est atténué par les règles de preuve strictes qui s’appliqueraient à toute procédure criminelle subséquente. De plus, la portée de l’enquête ne devrait pas être limitée par suite de cette «menace» des médias. Dans ce sens, les témoins ne peuvent l’invoquer pour leur protection à l’enquête. L’avocat de l’appelante a fait remarquer que les intimés «ne peuvent pas gagner sur les deux tableaux», mais du même coup, les appelants ne peuvent empêcher le public d’observer le jeu ou d’examiner si la mise est suspecte.

En outre, les art. 11 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et l’art. 9 de la *Loi sur les enquêtes publiques* garantissent qu’indépendamment des éléments de preuve présentés au cours de l’enquête ou de la façon dont les médias choisiront de présenter ces événements, M^{me} Starr ou toute autre personne impliquée sera protégée contre l’utilisation ultérieure des témoignages présentés à l’enquête si l’affaire devait faire l’objet de poursuites judiciaires.

Par conséquent, il n’y pas eu de violation de la *Charte* pour le même motif que la Commission est *intra vires* de la province de l’Ontario. On ne peut soutenir qu’il y a eu violation de l’art. 7 car la Commission est uniquement un organisme doté d’un pouvoir de recommandation et non de décision. Les décisions sur la culpabilité ou l’innocence, la responsabilité civile ou criminelle, sont expressément exclues de la description de ses fonctions. Toute possibilité de menace à la liberté est

tal justice, the argument that state-linked stress, anxiety, or threat to reputation alone cannot violate security of the person under s. 7 of the *Charter* when an individual is not charged or accused is an unwarranted extension of the rights set out in s. 7 of the *Charter*.

With respect to the right against self-incrimination, I have already mentioned the protection guaranteed by ss. 11 and 13 of the *Charter*, s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 9 of the *Public Inquiries Act*. Section 11(c) of the *Charter* preserves the non-compellability of an accused, while the other use-immunity provisions prevent testimony compelled in any proceedings from being used to incriminate the witness in any subsequent civil or criminal proceedings. Given that Ms. Starr is not an accused, the invocation of these protective provisions is rather premature.

As stated in *O'Hara*, the *Charter* does indeed apply to inquiries. The rights of fundamental justice must always be adhered to. If, for instance, a party was being denied the right to counsel, or the right to be heard, or faced sanctions that in fact do restrict one's liberty or security, that would be a different matter. But the mere fact that some subsequent criminal proceeding may take place is far too fragile a hook on which to hang a *Charter* violation. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 354 and 361:

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain

pure spéculation. Tant que sont observés les principes de justice fondamentale, l'argument selon lequel la pression, l'anxiété ou la menace d'une atteinte à la réputation, liées à des mesures prises par l'État, violent la sécurité de la personne lorsque celle-ci n'est pas accusée, constitue une extension injustifiée des droits énoncés à l'art. 7 de la *Charte*.

Relativement au droit à la protection contre l'auto-incrimination, j'ai déjà mentionné la protection accordée par les art. 11 et 13 de la *Charte*, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 9 de la *Loi sur les enquêtes publiques*. L'alinéa 11c) de la *Charte* garantit à un accusé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même alors que les autres dispositions relatives à l'immunité interdisent l'utilisation d'un témoignage présenté dans une autre procédure pour incriminer le témoin dans une procédure civile ou criminelle subséquente. Étant donné que M^{me} Starr n'est pas une accusée, il est prématuré d'invoquer ces dispositions protectrices.

Comme le déclare l'arrêt *O'Hara*, la *Charte* s'applique effectivement aux enquêtes. Les principes de justice fondamentale doivent toujours être respectés. Si, par exemple, on refusait à une partie le droit à l'assistance d'un avocat ou le droit d'être entendu, ou si cette partie s'exposait en fait à des sanctions restreignant sa liberté ou sa sécurité, la situation serait différente. Toutefois, le simple fait que des procédures criminelles peuvent être engagées par la suite est une assise beaucoup trop fragile pour ancrer une violation de la *Charte*. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 354 et 361:

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines

procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

Recalling the limitations on the Commission's powers and function, it is worth noting the many procedural protections awarded the appellants in the *Public Inquiries Act* and the Commissioner's own rulings: standing at the inquiry; cross-examination of witnesses; right to counsel; opportunity to call witnesses to introduce evidence; privileges available to witnesses in court, such as solicitor-client privilege; and the opportunity to move for *in camera* hearings. Parties with standing or limited standing are entitled to funding of their costs at legal aid rates. Again, it cannot be overemphasized that the Commissioner is precluded from expressing any opinions regarding civil or criminal liability, or from levying any sanctions against the named appellants or other individuals called upon to testify at the public inquiry.

The combination of the internal limitations on the inquiry's scope, coupled with existing procedural safeguards designed to preserve fundamental justice, ensure that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been infringed in the present case. As I have found no *Charter* violation, I need not express any opinion as to s. 1 of the *Charter*.

III. Conclusion

Having found that the Order in Council in question is *intra vires* the province of Ontario, and that no *Charter* violation of the appellants' rights has occurred, I would dismiss this appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the Order in Council dated July 6, 1989, enacted pursuant to s. 2 of the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1980, c. 411, *ultra vires* the Province of Ontario as being a matter within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada, pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Tout en se rappelant les restrictions imposées aux pouvoirs et fonctions de la Commission, il convient de souligner les nombreuses protections en matière de procédure accordées aux appelants dans la *Loi sur les enquêtes publiques* et les propres décisions du commissaire: la qualité pour comparaître à l'enquête; le contre-interrogatoire des témoins; le droit à l'assistance d'un avocat; la possibilité de citer des témoins pour présenter des éléments de preuve; les privilèges dont jouissent les témoins en cour, comme le privilège client-avocat et la possibilité de requérir des audiences à huis clos. Les parties qui ont pleine qualité ou une qualité restreinte pour comparaître ont droit au remboursement de leurs dépens au taux de l'aide juridique. Encore une fois, on ne peut trop souligner qu'il est interdit au commissaire d'exprimer une opinion concernant la responsabilité civile ou criminelle ou d'imposer une sanction contre les appelants dont le nom est mentionné ou toute autre personne citée comme témoin à l'enquête publique.

La combinaison des restrictions internes imposées à la portée de l'enquête, avec les garanties procédurales en vigueur destinées à assurer le respect de la justice fondamentale, font en sorte qu'il n'y a pas atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'espèce. Vu ma conclusion qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur l'article premier de la *Charte*.

III. Conclusion

Ayant conclu que le décret en question est *intra vires* de la province de l'Ontario et qu'il n'y a pas eu de violation des droits garantis aux appelants par la *Charte*, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Le décret du 6 juillet 1989, pris conformément à l'art. 2 de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1980, ch. 411, excède-t-il les pouvoirs de la province de l'Ontario à titre de matière relevant de la compétence exclusive du Parlement du Canada, en application du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

A: No.

2. Does the Order in Council dated July 6, 1989 infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7 to 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A: No.

3. If the Order in Council infringes or denies the rights guaranteed by ss. 7 to 14 of the *Charter*, is the Order in Council justified in accordance with s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A: This question need not be answered in light of my conclusion as to the second question.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant Patricia Starr: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the appellant Tridel Corporation Inc.: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Mario Giampietri: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the appellant Gordon Ashworth: Lyons, Goodman, Iacono, Smith & Berkow, Toronto.

Solicitors for the respondent The Honourable Mr. Justice Lloyd W. Houlden, Commissioner: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent the Government of Ontario: Borden & Elliot, Toronto.

R: Non.

2. Le décret du 6 juillet 1989 porte-t-il atteinte aux droits garantis par les art. 7 à 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^a R: Non.

3. Si ce décret porte atteinte aux droits garantis par les art. 7 à 14 de la *Charte*, est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question compte tenu de ma conclusion relativement à la question n° 2.

^c *Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

^d *Procureurs de l'appelante Patricia Starr: Cooper, Sandler & West, Toronto.*

Procureurs de l'appelante Tridel Corporation Inc.: Lerner & Associates, Toronto.

^e *Procureurs de l'appelant Mario Giampietri: Gold & Fuerst, Toronto.*

Procureurs de l'appelant Gordon Ashworth: Lyons, Goodman, Iacono, Smith & Berkow, Toronto.

^f *Procureurs de l'intimé l'honorable juge Lloyd W. Houlden, commissaire: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

^g *Procureurs de l'intimé le gouvernement de l'Ontario: Borden & Elliot, Toronto.*

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Natural justice – *Audi alteram partem* rule – Right to know case to be made – Three-person panel hearing case and ultimately making decision – Case involving important and wider policy implications – Full Board meeting called to discuss policy implications of a draft decision – Facts accepted as stated in draft decision – No vote or consensus taken – No minutes kept – Attendance not recorded – Whether or not breach of rules of natural justice occurred – Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

IWA v. CONSOLIDATED-BATHURST PACKAGING LTD., 282.

2. Procedural fairness – School board dismissing employee hired under contract – Contract providing for dismissal on notice – Employee's position made known to Board – No hearing as to whether or not employee should be dismissed – Whether or not duty of procedural fairness required generally, under The Education Act or under contract – If so, whether or not duty of procedural fairness breached – The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, ss. 91(x), 112, 113, 206(d).

KNIGHT v. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19, 653.

BANKRUPTCY

Compensation order made as part of sentence under Criminal Code – Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds – Compensation order made without consent of Bankruptcy Court – Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code.

R. v. FITZGIBBON, 1005.

BANKS AND BANKING

Secured loans – Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act – Security seized – Provincial legislation requiring judicial approval for seizure of security – Whether or not acts constitutional – Whether or not bank required to comply with provisions of provincial act when enforcing security interest created under federal act – Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, ss. 178, 179 (formerly Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89; now Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 178, 179) – The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16, ss. 19, 27.

BANK OF MONTREAL v. HALL, 121.

COMBINES

1. Investigation – Corporation suspected of predatory pricing – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Charter.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION), 425.

2. Investigation – Corporation suspected of price discrimination – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Whether s. 17 infringes the guarantee to fundamental justice in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

STELCO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 617.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Double jeopardy – Inmate disciplined for incident occurring within penal institution – Inmate later charged with criminal offence – Whether or not trial for criminal offence in violation of s. 11(h) of Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h) – R.R.O. 1980, Reg. 649, ss. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

R. v. SHUBLEY, 3.

2. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter – Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2)(a), 178.16(1)(a), (b) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

R. v. DUARTE, 30.

3. Charter of Rights – Evidence – Admissibility – Evidence obtained as result of breach of Charter inadmissible if administration of justice would be brought into disrepute – Evidence obtained as result of unintentional Charter breach – Whether or not admission of evidence would bring administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. DUARTE, 30.

4. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1)(b) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).

R. v. WIGGINS, 62.

5. Charter of Rights – Fundamental justice – Self-incrimination – Right to remain silent.

R. v. HICKS, 120.

6. Division of powers – Paramountcy – Federal power over banks and banking and provincial power over property and civil rights – Security interest created under ss. 178 and 179 of Bank Act – Security seized – Provincial Limitation of Civil Rights Act requiring judicial approval for seizure of security – Whether or not acts constitutional – Whether or not acts conflicting so as to render provincial act inoperative.

BANK OF MONTREAL v. HALL, 121.

7. Charter of Rights – Right to counsel – Affordability of counsel – Legal Aid and duty counsel – Accused informed of his right to counsel – Accused requesting information about Legal Aid and expressing concerns about being unable to afford a lawyer – Accused not informed at that time of the availability of Legal Aid and duty counsel – Whether accused's right to counsel infringed – Whether police had the duty to inform the accused of the availability of Legal Aid and duty counsel – Whether accused waived his right to counsel – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. BRYDGES, 190.

8. Charter of Rights – Right to counsel – Whether an accused has the right in all cases to be informed of the availability of Legal Aid and duty counsel – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. BRYDGES, 190.

9. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Accused's right to counsel infringed – Statements obtained in violation of the Charter – Whether accused's statements should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. BRYDGES, 190.

10. Charter of Rights – Double jeopardy – Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances – Whether accused can benefit from the protection of s. 11(h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

R. v. VAN RASSEL, 225.

11. Charter of Rights – Arbitrary detention or imprisonment – Accused arrested for aggravated assault and detained 18 hours before charge laid – Accused kept in custody for the purposes of conducting an identification parade – Whether accused's arrest lawful – Whether accused arbitrarily detained

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

– Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 450(1), 454(1).

R. v. STORREY, 241.

12. Language rights – Quebec legislation enacted in French and English – Sessional papers constituting the very essence of legislation tabled in National Assembly in French only – Whether Quebec legislation consistent with s. 133 of the Constitution Act, 1867 – Act respecting remuneration in the public sector, S.Q. 1982, c. 35 – Act respecting the conditions of employment in the public sector, S.Q. 1982, c. 45.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. BRUNET; QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. ALBERT; QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. COLLIER, 260.

13. Charter of Rights – Minority language educational rights – Whether the rights which s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms mandates, depending upon the number of students, include a right to “management and control” over the minority language facilities and instruction – If so, whether the number of students in the Edmonton area sufficient to invoke this right – Meaning of the phrase “management and control”.

MAHE v. ALBERTA, 342.

14. Charter of Rights – Minority language educational rights – Whether the Alberta School Act and the regulations passed thereunder inconsistent with s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether such inconsistency justifiable under s. 1 of the Charter – School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 13, 158, 159 – French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

MAHE v. ALBERTA, 342.

15. Charter of Rights – Preservation of rights respecting certain schools – Section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms conferring upon minority language parents in the Edmonton area the rights to management and control over the minority language facilities and instruction – Whether the rights conferred by s. 23 inconsistent with the “right or privilege with respect to separate schools” guaranteed under s. 17 of the Alberta Act – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 29 – Alberta Act, S.C. 1905, c. 3, s. 17 – Constitution Act, 1867, s. 93(1).

MAHE v. ALBERTA, 342.

16. Charter of Rights – Right to counsel – Meaning of “detention” – Failure to comply with breathalyzer demand – Whether accused detained – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235.

R. v. SCHMAUTZ, 398.

17. Charter of Rights – Right to counsel – Police informing accused of his right to counsel in the course of the investigation and prior to the actual detention – Whether police complied with the requirements of s. 10(b) of the Canadian Charter

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

of Rights and Freedoms – If not, whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the Charter.

R. v. SCHMAUTZ, 398.

18. Charter of Rights – Fundamental justice – Self-incrimination – Right to remain silent – Derivative evidence – Combines investigation – Corporation suspected of predatory pricing – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences – Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked – Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter – If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 13.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION), 425.

19. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Combines investigation – Corporation suspected of predatory pricing – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Whether s. 17 infringes s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION), 425.

20. Charter of Rights – Fundamental justice – Self-incrimination – Right to remain silent – Derivative evidence – Combines investigation – Corporation suspected of price discrimination – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Failure to comply with a s. 17 order subject to legal consequences – Whether s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms can be invoked – Whether s. 17 infringes s. 7 of the Charter – If so, whether s. 17 justifiable under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

STELCO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 617.

21. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Income tax audit – Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act – Whether a demand for information or documents under s. 231(3) constitutes a seizure – If so, whether seizure under s. 231(3) unreasonable – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. MCKINLAY TRANSPORT LTD., 627.

22. Charter of Rights – Equality before the law – Action against Crown – Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada – Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether the word “individual” in s. 15(1) includes the Crown –

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

RUDOLF WOLFF & CO. v. CANADA, 695.

23. Charter of Rights – Life, liberty and security of person – Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court – Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada – Whether federal legislation contravenes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether corporation may invoke s. 7 of the Charter – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. v. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

24. Charter of Rights – Equality before the law – Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court – Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada – Whether federal legislation contravenes s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. v. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

25. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Alleged violations of right to counsel and of right to freedom from unreasonable search and seizure – Accused searched at customs for illegal drugs – Accused then arrested for outstanding traffic warrants and rectal examination conducted – Heroin found in anal cavity and accused charged with importing heroin – Whether or not right to counsel and right to freedom from unreasonable search and seizure infringed – If so, whether or not real evidence should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

R. v. GREFFE, 755.

26. Charter of Rights – Remedies – Witness compelled to testify in a criminal trial fearing for the security of his parents living outside the country – Whether a remedy under s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms is available to persons living outside Canada.

R. v. A, 995.

27. Aboriginal rights – Fishing rights – Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence – Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 – Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) – Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 – British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).

R. v. SPARROW, 1075.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

28. Charter of Rights – Fundamental justice – Vagueness – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses – Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague – Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) infringe s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter – Whether s. 7 protects economic rights.

REFERENCE RE SS. 193 AND 195.1(1)(C) OF THE CRIMINAL CODE (MAN.), 1123.

29. Charter of Rights – Freedom of expression – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses – Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

REFERENCE RE SS. 193 AND 195.1(1)(C) OF THE CRIMINAL CODE (MAN.), 1123.

30. Charter of Rights – Fundamental justice – Vagueness – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code impermissibly vague – Whether s. 195.1(1)(c) infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. STAGNITTA, 1226.

31. Charter of Rights – Freedom of expression – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. STAGNITTA, 1226.

32. Charter of Rights – Freedom of expression – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon s. 2(b) justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. SKINNER, 1235.

33. Charter of Rights – Freedom of association – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes s. 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. SKINNER, 1235.

34. Charter of Rights – Random routine traffic checks – Checks authorized by statute – Driver stopped for no apparent reason – Driver found to be driving while licence under suspension and convicted – Whether or not random routine traffic checks violating ss. 7, 8 and 9 of the Charter – If so, whether or

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

not checks saved by s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9 – Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198, s. 189a(1).

R. v. LADOUCEUR, 1257.

35. Charter of Rights – Traffic checks occurring outside of program for checking vehicles but within a certain informal pattern – Statute requiring motorist to give specified information to officer on being stopped – Driver stopped near hotel shortly after closing – Driver found to be impaired – Whether or not stop authorized by statute – Whether or not traffic check violating s. 9 of the Charter – If so, whether or not saved by s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9 – Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

R. v. WILSON, 1291.

36. Division of powers – Criminal law – Provincial inquiry into allegations of political corruption – Terms of reference naming specific private individuals – Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing – Whether or not inquiry as framed falling within federal criminal law power – Constitution Act, 1867, s. 91(27) – Public Inquiries Act, R.S.O. 1980, c. 411.

STARR v. HOULDEN, 1366.

37. Charter of Rights – Legal rights – Provincial inquiry into allegations of political corruption – Terms of reference naming specific private individuals – Terms strikingly similar to Criminal Code provision but expressly prohibiting finding of criminal wrongdoing – Whether or not infringement of ss. 7 to 14 of the Charter – If so, whether or not infringement justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

STARR v. HOULDEN, 1366.

COURTS

1. Practice – Motion for a rehearing of appeal – Motion dismissed.

OREGON JACK CREEK INDIAN BAND v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 117.

2. Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Application to vary an order refusing leave to appeal – Whether Supreme Court has jurisdiction to reconsider a decision made on an application for leave to appeal – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

REEKIE v. MESSERVEY, 219.

3. Federal Court – Jurisdiction – Action against Crown – Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada – Whether federal legislation contravenes Charter right of equality before the law – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),

COURTS—Concluded

c. 10, s. 17(1), (2) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

RUDOLF WOLFF & CO. v. CANADA, 695.

4. Federal Court – Jurisdiction – Defendant corporation applying to add Crown as a third party to action brought before the provincial superior court – Federal legislation conferring exclusive jurisdiction on Federal Court in relation to all claims against Crown in right of Canada – Whether federal legislation contravenes s. 7 or s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(1), (2) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. v. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

5. Proceedings – Publicity – In camera hearing in Supreme Court of Canada – File, including judgment and reasons for judgment, ordered sealed to protect the lives of individuals involved – Circumstances which warranted conducting the matter in confidence no longer present – File, including judgment and reasons for judgment, released.

R. v. A (ORDER), 992.

6. Jurisdiction – Provincial superior court – Labour relations – Duty of fair representation – Employee commencing action in provincial superior court alleging breach by union of its duty of fair representation – Whether superior court had jurisdiction under the Canada Labour Code to entertain employee's claim – Principles governing duty of fair representation – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 122, 136.1.

GENDRON v. SUPPLY AND SERVICES UNION OF THE PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, LOCAL 50057, 1298.

CRIMINAL LAW

1. Electronic surveillance – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter – Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter.

R. v. DUARTE, 30.

2. Electronic surveillance – Authorizations – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

R. v. WIGGINS, 62.

CRIMINAL LAW—Continued

3. Evidence – Admissibility.

R. v. DELAFOSSE, 114.

4. Appeal – Fresh evidence – Whether Court of Appeal erred in refusing to admit fresh evidence?

R. v. D'AMOURS, 115.

5. Assault – Searches – Police officers accused of assault for having searched respondent after his arrest – Whether search of respondent justified – Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(b).

CLOUTIER v. LANGLOIS, 158.

6. Police powers – Search incidental to an arrest – Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested.

CLOUTIER v. LANGLOIS, 158.

7. Appeals before appellate court – Question of law – Legality of search carried out at time of arrest – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 771(1)(a).

CLOUTIER v. LANGLOIS, 158.

8. *Autrefois acquit* – Issue estoppel – *Kienapple* principle – Accused charged in Canada of breach of trust after being acquitted in the U.S. of three charges based on the same facts and circumstances – Application of the principles of double jeopardy – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 111, 534, 535, 537.

R. v. VAN RASSEL, 225.

9. Second degree murder – Evidence – Reasonableness of jury's guilty verdict – Verdict supported by the evidence.

R. v. BROWN, 264.

10. Criminal negligence causing death – Comments by trial judge relating to the relevance of consequences and intention – Whether or not comments affected outcome of trial – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

R. v. ANDERSON, 265.

11. Plea of *autrefois acquit* – Crown withdrawing two informations after plea of not guilty but before any evidence adduced – New information laid – Whether plea of *autrefois acquit* available.

R. v. SELHI, 277.

12. Appeal to Supreme Court of Canada – Murder – Accused's conviction under s. 213(a) of Criminal Code upheld by Court of Appeal – Supreme Court of Canada's decision in Vaillancourt striking down s. 213(d) of the Code rendered ten months after Court of Appeal's decision – Accused seeking to raise in Supreme Court the invalidity of s. 213(a) of the Code – Accused's applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal to Supreme Court made almost three years after Court of Appeal's decision – Applications dismissed – Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court within prescribed time – Delay not

CRIMINAL LAW—Continued

adequately explained – Accused's case no longer in judicial system – Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(b) – Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 59(1).

R. v. THOMAS, 713.

13. Evidence – Similar fact evidence – Admissibility – Sexual offences – Accused convicted of sexual offences against his natural daughter – Whether evidence of alleged prior acts of sexual misconduct by the accused with the daughter of his common law wife should have been admitted.

R. v. B. (C.R.), 717.

14. First degree murder – Planning and deliberation – Intoxication – Instructions to jury – Trial judge not pointing out to jury that planning and deliberation may be negated by lesser degree of drunkenness than that required to negative intent to commit murder – Whether trial judge's charge sufficient as regards effect of accused's intoxication on planning and deliberation.

R. v. WALLEN, 827.

15. Jury – Deliberation – Request by jury to have written explanation of what constitutes first and second degree murder – Whether trial judge erred in declining that request.

R. v. WALLEN, 827.

16. Evidence – Proof beyond a reasonable doubt – Accused identified "unequivocally" by victim – Trial judge not left in state of doubt by evidence of victim identifying the accused – Adverse inference not drawn by accused's failure to call alibi witnesses.

R. v. BOLIANATZ, 847.

17. Charge to jury – Reasonable doubt – Whether trial judge failed to properly instruct the jury on the principle of reasonable doubt.

R. v. SUREN, 849.

18. Contempt of court – Failure to comply with order restricting publication – Jurisdiction of Superior Court.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLICATIONS PHOTO-POLICE INC., 851.

19. Battered women – Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse – Defence of self-defence – Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman – Assessment based in part on inadmissible evidence – Whether or not expert evidence admissible – Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate.

R. v. LAVALLEE, 852.

20. Evidence – Credibility – Reasonable doubt – Reasonable doubt as to accuracy of complainant's evidence on one charge not automatically creating deemed doubt as to truthfulness of everything witness said.

R. v. SMITH, 991.

21. Compensation order – Order made against undischarged bankrupt for repayment of misappropriated funds – Compensation order made without consent of bankruptcy court

CRIMINAL LAW—Concluded

– Whether or not consent of bankruptcy court required before compensation order could be made under Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 653 – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 49(1), 148.

R. v. FITZGIBBON, 1005.

22. Compensation order – Lawyer misappropriating funds – Law Society Compensation Fund paying victims – Whether or not Law Society a "person aggrieved".

R. v. FITZGIBBON, 1005.

23. Conspiracy – Charge to jury – Indictment charging conspiracy to import heroin – Evidence led at trial of importation of cocaine – Whether trial judge erred in instructing jury that they might convict if satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had conspired to import any narcotic.

R. v. SAUNDERS, 1020.

24. Indictment – Amendment – Indictment charging conspiracy to import heroin – Evidence led at trial of importation of cocaine – Whether this Court should allow Crown to amend charge to delete particularization of drug involved as heroin.

R. v. SAUNDERS, 1020.

25. Prostitution – Keeping common bawdy-house – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution and under s. 193 the keeping of common bawdy-houses – Whether ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Code infringe ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by ss. 193 and 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

REFERENCE RE SS. 193 AND 195.1(1)(C) OF THE CRIMINAL CODE (MAN.), 1123.

26. Prostitution – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes ss. 2(b) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether limit imposed by s. 195.1(1)(c) upon ss. 2(b) and 7 justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. STAGNITTA, 1226.

27. Prostitution – Criminal Code prohibiting under s. 195.1(1)(c) communications in public for the purpose of prostitution – Whether s. 195.1(1)(c) of the Code infringes the freedoms of expression and of association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. SKINNER, 1235.

EVIDENCE

1. Admissibility – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter –

EVIDENCE—Concluded

Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter – Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of Charter, would bring administration of justice into disrepute.

R. v. DUARTE, 30.

2. Admissibility – Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization – Conversation recorded with consent of a party to it – Recording of conversation entered into evidence – Whether or not either s. 178.11(2)(a) or s. 178.16(1)(b) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not justified by s. 1 of the Charter.

R. v. WIGGINS, 62.

3. Self-incrimination – Derivative evidence – Documentary evidence – Real evidence – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice – Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17, 20(2) – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION), 425.

4. Self-incrimination – Derivative evidence – Documentary evidence – Real evidence – Corporate officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 17 of the Combines Investigation Act – Whether complete immunity against the use of derivative evidence required by the principles of fundamental justice – Whether protection against self-incrimination under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms limited to “testimonial evidence” – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17.

STELCO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 617.

5. Admissibility – Expert evidence – Battered woman, fearing attack and possible death, killing spouse – Defence of self-defence – Expert witness giving psychiatric assessment of battered woman – Assessment based in part on inadmissible evidence – Whether or not expert evidence admissible – Whether trial judge's charge to the jury with respect to expert evidence adequate – Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2)(a), (b).

R. v. LAVALLEE, 852.

FAMILY LAW

Property – Constructive trust – Wife contributing to accumulation of assets held in husband's name – Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day – Assets appreciating significantly after valuation day – Whether or not the constructive trust applicable where

FAMILY LAW—Concluded

the Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment – Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, ss. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

RAWLUK v. RAWLUK, 70.

INDIANS

1. Hunting rights – Treaty Indian killing bear in self-defence and later selling hide – Alberta Wildlife Act prohibiting trafficking in wildlife without a licence – Whether prohibition applies to Treaty 8 Indians – Whether Treaty 8 hunting rights limited by 1930 Natural Resources Transfer Agreement – Wildlife Act, R.S.A. 1980, c. W-9, ss. 18, 42 – Treaty No. 8 – Natural Resources Transfer Agreement, 1930, para. 12.

R. v. HORSEMAN, 901.

2. Treaty – Rights – Customs and religion – Huron band Indians charged with cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to provincial regulations – Whether Regulations applicable to Hurons practising customs and religious rites – Whether document signed by General Murray in 1760 guaranteeing them free exercise of their customs and religion is a treaty – Whether treaty still in effect – Whether territorial scope of treaty extends to territory of park so as to make regulations unenforceable in respect of accused – Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 – Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37.

R. v. SIOUI, 1025.

3. Aboriginal rights – Fishing rights – Interpretation – Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence – Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.

R. v. SPARROW, 1075.

INSURANCE

1. Liability insurance – Duty to defend – Action against insured alleging fraud – Policy not applying to fraudulent acts – Whether insurer under a duty to defend insured – Whether obligation to defend governed by pleadings or by facts as they emerge at trial.

NICHOLS v. AMERICAN HOME ASSURANCE CO., 801.

2. Fire insurance – Content of insurance contract – Time formed – Inconsistency between insurance policy and application – Civil Code of Lower Canada, arts. 2476, 2478.

ROBITAILLE v. MADILL, 985.

INSURANCE (MARITIME)

Insured perils – Perils of the sea – Vessel sinking at dock-side – Sinking due to failure to close valve and due to corrosion

INSURANCE (MARITIME)—Concluded

of cap screws – Whether or not loss proximately caused by “peril of the sea” – Whether or not accident fortuitous – Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, c. 203, s. 56.

C.C.R. FISHING LTD. v. BRITISH RESERVE INSURANCE CO., 814.

JUDGMENTS AND ORDERS

Application to vary an order refusing leave to appeal to the Supreme Court of Canada – Order creating an injustice for applicant – Order made on the basis of written material only – Order varied – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

REEKIE v. MESSERVEY, 219.

LABOUR LAW

Contract – Wrongful dismissal – Position created by and duties defined in statute – School board dismissing employee hired under contract – Contract providing for dismissal on notice – Whether or not employee could be dismissed only for cause under The Education Act or employment contract – The Education Act, R.S.S. 1978, c. E-0.1, s. 106.

KNIGHT v. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19, 653.

LABOUR RELATIONS

1. Labour Court – Jurisdiction – Scope of Labour Court’s power of redress – Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed – Breach by union of its duty of representation – Whether Labour Court exceeded its jurisdiction by referring employee’s claim to arbitration – Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE v. LABOUR COURT, 1330.

2. Union – Duty of representation – Withdrawal by union of employee dismissal grievance following general agreement settling grievances when collective agreement renewed – Whether union breached its duty of representation – Limits on union discretion to take grievance to arbitration – Scope of Labour Court’s power of redress where union breaches its duty of representation – Interpretation of ss. 47.2 to 47.6 of Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE v. LABOUR COURT, 1330.

NEGLIGENCE

Building contracts – Liability of contractor and subcontractor.

KERRYBROOKE DEVELOPMENT LTD. v. ELLIS-DON LTD., 275.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada – Application to vary an order for leave to appeal – Order made on the basis of written material only – Order varied pursuant to Rule 7 of the Supreme Court Rules – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 7, 50, 51(12).

REEKIE v. MESSERVEY, 219.

2. Pleadings – Striking out – Statement of claim seeking declaration that various federal and provincial statutes unconstitutional – Whether statement of claim properly struck out.

DUMONT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 279.

3. Supreme Court of Canada – Applications for an extension of time within which to apply for leave to appeal and for leave to appeal – Accused’s applications to Supreme Court of Canada made almost three years after Court of Appeal affirmed accused’s conviction – Evidence disclosing no intention to appeal to Supreme Court within prescribed time – Delay not adequately explained – Accused’s case no longer in judicial system – Applications dismissed.

R. v. THOMAS, 713.

TAXATION

Income tax – Investigation – Demand for information or documents under s. 231(3) of the Income Tax Act – Whether s. 231(3) violates the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. MCKINLAY TRANSPORT LTD., 627.

TORTS

Negligence – Damages – Whether plaintiff can recover damages for loss of earnings when he has been paid his full salary under his contract of employment.

RATYCH v. BLOOMER, 940.

TRUSTS AND TRUSTEES

Constructive trust – Family assets – Act providing for equal division of value of family assets as determined on valuation day – Assets appreciating significantly after valuation day – Whether or not the constructive trust applicable where the

TRUSTS AND TRUSTEES —Concluded

Family Law Act, 1986 provides a remedy for unjust enrichment.

RAWLUK V. RAWLUK, 70.

INDEX

ASSURANCE

1. Assurance responsabilité – Obligation de défendre – Action pour fraude contre un assuré – Police ne s'appliquant pas aux actes frauduleux – L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré? – L'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès?

NICHOLS C. AMERICAN HOME ASSURANCE CO., 801.

2. Assurance-incendie – Contenu du contrat d'assurance – Moment de sa formation – Divergences entre la police d'assurance et la proposition – Code civil du Bas-Canada, art. 2476, 2478.

ROBITAILLE C. MADILL, 985.

ASSURANCE (MARITIME)

Risques assurés – Périls de la mer – Naufrage d'un navire au mouillage – Naufrage causé par l'omission de fermer une vanne et par la corrosion de vis à chapeau – La perte a-t-elle pour cause immédiate un «péril de la mer»? – L'accident était-il fortuit? – Insurance (Marine) Act, R.S.B.C. 1979, ch. 203, art. 56.

C.C.R. FISHING LTD. C. BRITISH RESERVE INSURANCE CO., 814.

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

Prêts garantis – Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques – Saisie des biens visés par la sûreté – Loi provinciale exigeant l'approbation judiciaire de la saisie des biens visés par la sûreté – Constitutionnalité des lois – La banque est-elle tenue de se conformer aux dispositions de la loi provinciale quand elle exécute la sûreté établie en vertu de la loi fédérale? – Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, S.C. 1980-81-82-83, ch. 40, art. 178, 179 (autrefois Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89; maintenant Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 178, 179) – The Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 19, 27.

BANQUE DE MONTRÉAL C. HALL, 121.

COALITIONS

1. Enquêtes – Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas – Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et

COALITIONS—Fin

libertés ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la Charte?

THOMSON NEWSPAPERS LTD. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE), 425.

2. Enquête – Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix – Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – L'article 17 viole-t-il le droit à la justice fondamentale garanti à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

STELCO INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 617.

DÉLITS CIVILS

Négligence – Dommages-intérêts – Le demandeur peut-il obtenir des dommages-intérêts pour perte de rémunération en dépit du fait qu'il a touché son plein salaire en vertu de son contrat de travail?

RATYCH C. BLOOMER, 940.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Justice naturelle – Règle *audi alteram partem* – Droit de connaître la preuve invoquée contre soi – Audition d'une affaire et décision ultime par un banc de trois personnes – Affaire comportant des conséquences importantes et plus générales en matière de politique – Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter des conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision – Faits énoncés dans l'avant-projet de décision tenus pour avérés – Aucun vote ni aucune vérification du consensus – Aucune rédaction de procès-verbal des délibérations – Aucune prise des présences – Y a-t-il eu violation des règles de justice naturelle? – Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

SITBA C. CONSOLIDATED-BATHURST PACKAGING LTD., 282.

2. Équité procédurale – Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat – Contrat prévoyant le congédiement sur préavis – Conseil informé de la position de l'employé – Aucune audition relative à l'opportunité de renvoyer l'employé – The Education Act ou le contrat imposent-ils une obligation générale d'équité procédurale? – Dans l'affirmative, y a-t-il eu manquement à l'obligation d'équité procédurale? – The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 91x), 112, 113, 206d).

KNIGHT C. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19, 653.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Double péril – Détenu soumis à une peine disciplinaire à cause d'un incident survenu dans un établissement correctionnel – Détenu poursuivi par la suite au criminel – Le procès relatif à l'infraction criminelle viole-t-il l'art. 11h) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h) – R.R.O. 1980, Règ. 649, art. 28, 29(1), (2), 30, 31(1), (2).

R. C. SHUBLEY, 3.

2. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? – L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(1), (2)a), 178.16(1)a), b) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

R. C. DUARTE, 30.

3. Charte des droits – Preuve – Recevabilité – Preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte irrecevable si son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice – Preuve obtenue à la suite d'une violation non intentionnelle de la Charte – Son utilisation serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. DUARTE, 30.

4. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a) ou 178.16(1)b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)a), 178.16(1)b) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).

R. C. WIGGINS, 62.

5. Charte des droits – Justice fondamentale – Auto-incrimination – Droit de garder le silence.

R. C. HICKS, 120.

6. Partage des compétences – Prépondérance – Compétence fédérale sur les banques et les opérations bancaires et compétence provinciale sur la propriété et les droits civils – Établissement d'une sûreté en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques – Saisie des biens visés par la sûreté – La loi provinciale intitulée *The Limitation of Civil Rights Act* exige l'approbation judiciaire de la saisie de biens visés par la sûreté – Constitutionnalité des lois – Y a-t-il conflit de lois de manière à rendre la loi provinciale inopérante?

BANQUE DE MONTRÉAL C. HALL, 121.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

7. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Capacité de défrayer les services d'un avocat – Aide juridique et avocat de garde – Accusé informé de son droit à l'assistance d'un avocat – L'accusé a demandé des renseignements au sujet de l'aide juridique et s'est inquiété de sa capacité de se payer un avocat – L'accusé n'a pas alors été informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde – Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? – Les policiers étaient-ils tenus d'informer l'accusé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? – L'accusé a-t-il renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. BRYDGES, 190.

8. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – L'accusé a-t-il dans tous les cas le droit d'être informé de la possibilité de recourir à l'aide juridique et à un avocat de garde? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. BRYDGES, 190.

9. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat – Déclarations obtenues en violation de la Charte – Faut-il écarter les déclarations de l'accusé? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. BRYDGES, 190.

10. Charte des droits – Double péril – Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances – L'accusé peut-il bénéficier de la protection de l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. VAN RASSEL, 225.

11. Charte des droits – Détention ou emprisonnement arbitraires – Accusé arrêté pour voies de fait graves et détenu pendant 18 heures avant qu'une accusation ne soit portée – Accusé gardé en détention aux fins d'une séance d'identification – L'accusé a-t-il été arrêté légalement? – L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450(1), 454(1).

R. C. STORREY, 241.

12. Droits linguistiques – Lois québécoises adoptées en français et en anglais – Documents sessionnels constituant la substance même de ces lois déposés à l'Assemblée nationale en français seulement – Les lois québécoises sont-elles compatibles avec l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 – Loi concernant la rémunération dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 35 – Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public, L.Q. 1982, ch. 45.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BRUNET; QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALBERT; QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. COLLIER, 260.

13. Charte des droits – Droit à l'instruction dans la langue de la minorité – Les droits conférés par l'art. 23 de la Charte

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

canadienne des droits et libertés, en fonction du nombre d'élèves, comprennent-ils un droit de «gestion et contrôle» à l'égard des établissements de la minorité linguistique et de l'instruction dans la langue de cette minorité? – Dans l'affirmative, le nombre d'élèves dans la région d'Edmonton est-il suffisant pour invoquer ce droit? – Sens de l'expression «gestion et contrôle».

MAHE C. ALBERTA, 342.

14. Charte des droits – Droit à l'instruction dans la langue de la minorité – La School Act de l'Alberta et ses règlements d'application sont-ils incompatibles avec l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette incompatibilité est-elle justifiable aux termes de l'article premier de la Charte? – School Act, R.S.A. 1980, ch. S-3, art. 13, 158, 159 – French Language Regulation, Alta. Reg. 490/82.

MAHE C. ALBERTA, 342.

15. Charte des droits – Maintien des droits relatifs à certaines écoles – L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés confère aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton des droits de gestion et de contrôle à l'égard de leurs établissements et de l'instruction dans leur langue – Les droits conférés par l'art. 23 sont-ils incompatibles avec le «droit ou privilège en matière d'écoles séparées» garanti par l'art. 17 de la Loi sur l'Alberta – Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 29 – Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1).

MAHE C. ALBERTA, 342.

16. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Sens du terme «détention» – Refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine – L'accusé a-t-il été détenu? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b) – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 235.

R. C. SCHMAUTZ, 398.

17. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Les policiers ont informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'enquête et avant la détention réelle – Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans la négative, la preuve devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. SCHMAUTZ, 398.

18. Charte des droits – Justice fondamentale – Auto-incrimination – Droit de garder le silence – Preuve dérivée – Enquêtes sur les coalitions – Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas – Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales – L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? – L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? – Dans

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11c), 13.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE), 425.

19. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Enquêtes sur les coalitions – Société commerciale soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas – Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – L'article 17 viole-t-il l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

THOMSON NEWSPAPERS LTD. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE), 425.

20. Charte des droits – Justice fondamentale – Auto-incrimination – Droit de garder le silence – Preuve dérivée – Enquêtes sur les coalitions – Société commerciale soupçonnée de discrimination en matière de prix – Dirigeants de la société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Le refus de se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 entraîne des sanctions légales – L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être invoqué? – L'article 17 viole-t-il l'art. 7 de la Charte? – Dans l'affirmative, l'art. 17 est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

STELCO INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 617.

21. Charte des droits – Fouilles, perquisitions et saisies abusives – Vérification fiscale – Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu – Une demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) constitue-t-elle une saisie? – Dans l'affirmative, la saisie en vertu de l'art. 231(3) est-elle abusive? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. MCKINLAY TRANSPORT LTD., 627.

22. Charte des droits – Égalité devant la loi – Poursuite contre la Couronne – Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada – La Loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Le terme «personne» à l'art. 15(1) comprend-il la Couronne? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

RUDOLF WOLFF & CO. C. CANADA, 695.

23. Charte des droits – Vie, liberté et sécurité de la personne – La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province – Loi fédérale conférant compétence

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada – La loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Une société peut-elle invoquer l'art. 7 de la Charte? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. C. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

24. Charte des droits – Égalité devant la loi – La société défenderesse demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans l'action intentée devant la cour supérieure de la province – Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du chef du Canada – La loi fédérale porte-t-elle atteinte à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. C. ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

25. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Allégations de violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives – Fouille de l'accusé aux douanes à la recherche de drogues illégales – Accusé alors arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et soumis à un examen rectal – Découverte d'héroïne dans la cavité anale de l'accusé qui a été accusé d'importation d'héroïne – Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve matérielle? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

R. C. GREFFE, 755.

26. Charte des droits – Recours – Témoin contraint à témoigner à un procès criminel craignant pour la sécurité de ses parents qui vivent à l'étranger – Un redressement en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il être accordé à des personnes vivant à l'extérieur du Canada?

R. C. A, 995.

27. Droits ancestraux – Droits de pêche – Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande – La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? – Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) – Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 – Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).

R. C. SPARROW, 1075.

28. Charte des droits – Justice fondamentale – Imprécision – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

tenir des maisons de débauche – Les articles 193 et 195.1(1)c) du Code sont-ils d'une imprécision inacceptable? – Les articles 193 et 195.1(1)c) portent-ils atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)c) à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – L'article 7 protège-t-il des droits économiques?

RENOI RELATIF À L'ART. 193 ET À L'AL. 195.1(1)C) DU CODE CRIMINEL (MAN.), 1123.

29. Charte des droits – Liberté d'expression – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche – Les articles 193 et 195.1(1)c) du Code portent-ils atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

RENOI RELATIF À L'ART. 193 ET À L'AL. 195.1(1)C) DU CODE CRIMINEL (MAN.), 1123.

30. Charte des droits – Justice fondamentale – Imprécision – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code est-il d'une imprécision inacceptable? – L'article 195.1(1)c) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c) à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. STAGNITTA, 1226.

31. Charte des droits – Liberté d'expression – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. STAGNITTA, 1226.

32. Charte des droits – Liberté d'expression – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c) à l'art. 2b) est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. SKINNER, 1235.

33. Charte des droits – Liberté d'association – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. SKINNER, 1235.

34. Charte des droits – Vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes – Vérifications autorisées par la loi – Conducteur interpellé sans motif apparent – Conducteur

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

déclaré coupable d'avoir conduit pendant que son permis était suspendu – Les vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes violent-elles les art. 7, 8 et 9 de la Charte? – Dans l'affirmative, ces vérifications sont-elles sauvegardées par l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9 – Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198, art. 189a(1).

R. C. LADOUCEUR, 1257.

35. Charte des droits – Vérifications effectuées sur les routes en dehors d'un programme de vérification de véhicules mais selon une certaine façon informelle de procéder – Loi exigeant que le conducteur fournisse certains renseignements à l'agent lorsqu'il est interpellé – Conducteur interpellé près d'un hôtel peu après l'heure de fermeture – Conducteur trouvé en état d'ébriété – L'interpellation est-elle autorisée par la loi? – La vérification effectuée sur la route viole-t-elle l'art. 9 de la Charte? – Dans l'affirmative, est-elle sauvegardée par l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9 – Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

R. C. WILSON, 1291.

36. Partage des pouvoirs – Droit criminel – Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique – Mandat désignant nommément des particuliers – Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel – L'enquête instituée relève-t-elle de la compétence fédérale en matière de droit criminel? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) – Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1980, ch. 411.

STARR C. HOULDEN, 1366.

37. Charte des droits – Garanties juridiques – Enquête provinciale sur des allégations de corruption politique – Mandat désignant nommément des particuliers – Mandat très similaire à une disposition du Code criminel mais interdisant expressément toute conclusion de méfait criminel – Y a-t-il violation des art. 7 à 14 de la Charte? – Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

STARR C. HOULDEN, 1366.

DROIT CRIMINEL

1. Surveillance électronique – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? – L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

R. C. DUARTE, 30.

DROIT CRIMINEL—Suite

2. Surveillance électronique – Autorisations – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a) ou 178.16(1)b) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

R. C. WIGGINS, 62.

3. Preuve – Admissibilité.

R. C. DELAFOSSE, 114.

4. Appel – Nouvelle preuve – La Cour d'appel a-t-elle erré en refusant d'admettre la nouvelle preuve?

R. C. D'AMOURS, 115.

5. Voies de fait – Fouilles – Policiers accusés de voies de fait pour avoir fouillé l'intimé après son arrestation – La fouille de l'intimé était-elle justifiée? – Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245b).

CLOUTIER C. LANGLOIS, 158.

6. Pouvoirs des policiers – Fouille accessoire à l'arrestation – Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

CLOUTIER C. LANGLOIS, 158.

7. Pourvois devant la cour d'appel – Question de droit – Légalité d'une fouille effectuée au moment de l'arrestation – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 771(1)a).

CLOUTIER C. LANGLOIS, 158.

8. Autrefois acquit – Chose jugée comme fin de non-recevoir – Principe de l'arrêt *Kienapple* – Accusé inculpé au Canada d'abus de confiance après avoir été acquitté aux États-Unis de trois accusations fondées sur les mêmes faits et circonstances – Application des principes de double péril – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 111, 534, 535, 537.

R. C. VAN RASSEL, 225.

9. Meurtre au deuxième degré – Preuve – Caractère raisonnable du verdict de culpabilité prononcé par le jury – Verdict étayé par la preuve.

R. C. BROWN, 264.

10. Négligence criminelle causant la mort – Observations du juge du procès relatives à la pertinence des conséquences et de l'intention – Ces observations ont-elles eu un effet sur l'issue du procès? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 202(1), (2), 203, 237(2), (3).

R. C. ANDERSON, 265.

11. Plaidoyer d'autrefois acquit – Retrait par le ministère public de deux dénonciations après un plaidoyer de non-culpabilité mais avant la présentation d'une preuve – Dépôt d'une

DROIT CRIMINEL—Suite

nouvelle dénonciation – Peut-on recourir au plaider d'autrefois acquit?

R. C. SELHI, 277.

12. Pourvoi à la Cour suprême du Canada – Meurtre – Déclaration de culpabilité de l'accusé en vertu de l'art. 213a) du Code criminel maintenue par la Cour d'appel – Annulation de l'art. 213d) du Code par l'arrêt Vaillancourt prononcé par la Cour suprême du Canada dix mois après l'arrêt de la Cour d'appel – Accusé cherchant à invoquer en Cour suprême l'invalidité de l'art. 213a) du Code – Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême présentées par l'accusé près de trois ans après l'arrêt de la Cour d'appel – Requêtes rejetées – Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir à la Cour suprême dans les délais prescrits – Explication insuffisante du retard – L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours – Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)b) – Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 59(1).

R. C. THOMAS, 713.

13. Preuve – Preuve de faits similaires – Recevabilité – Infractions d'ordre sexuelles – Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuelles contre sa fille naturelle – La preuve d'actes antérieurs d'inconduite sexuelle reprochés à l'accusé avec la fille de sa conjointe de fait devait-elle être admise?

R. C. B. (C.R.), 717.

14. Meurtre au premier degré – Préméditation – Ivresse – Exposé au jury – Omission du juge du procès de signaler au jury qu'un degré d'ivresse moindre que celui requis pour neutraliser l'intention de commettre un meurtre peut neutraliser la préméditation – L'exposé du juge au jury relativement aux conséquences de l'ivresse sur la préméditation était-il adéquat?

R. C. WALLEN, 827.

15. Jury – Délibérations – Demande par le jury d'explications écrites sur ce qui constitue un meurtre au premier degré et un meurtre au deuxième degré – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'accédant pas à cette demande?

R. C. WALLEN, 827.

16. Preuve – Preuve hors de tout doute raisonnable – Accusé identifié «sans équivoque» par la victime – Le juge du procès n'était pas laissé dans le doute par la preuve de la victime identifiant l'accusé – Il n'a pas été tiré de conclusion défavorable du fait que l'accusé n'a pas cité de témoins pouvant fournir un alibi.

R. C. BOLIANATZ, 847.

17. Exposé au jury – Doute raisonnable – Le juge du procès a-t-il omis de donner des directives appropriées au jury sur le principe du doute raisonnable?

R. C. SUREN, 849.

DROIT CRIMINEL—Suite

18. Outrage au tribunal – Transgression d'une ordonnance de non-publication – Compétence de la Cour supérieure.

QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL) C. PUBLICATIONS PHOTO-POLICE INC., 851.

19. Femmes battues – Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint – Moyen de défense de légitime défense – Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d'une femme battue – Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles – Le témoignage d'expert est-il admissible? – Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relativement au témoignage d'expert?

R. C. LAVALLEE, 852.

20. Preuve – Crédibilité – Doute raisonnable – Un doute raisonnable sur l'exactitude de la déposition du plaignant relativement à un chef d'accusation ne crée pas nécessairement une présomption de doute au sujet de la véracité de tout ce que le témoin a dit.

R. C. SMITH, 991.

21. Ordonnance de dédommagement – Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées – Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite – Le consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 653 – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 49(1), 148.

R. C. FITZGIBBON, 1005.

22. Ordonnance de dédommagement – Détournement de fonds par un avocat – Remboursement des victimes par le régime d'indemnisation de la Société du barreau – La Société du barreau est-elle une «personne lésée»?

R. C. FITZGIBBON, 1005.

23. Complot – Exposé au jury – Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne – Présentation d'une preuve d'importation de cocaïne au procès – Le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans ses directives au jury, en lui disant qu'il pourrait déclarer les accusés coupables s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils avaient comploté pour importer un stupéfiant quelconque?

R. C. SAUNDERS, 1020.

24. Acte d'accusation – Modification – Acte d'accusation reprochant d'avoir comploté pour importer de l'héroïne – Présentation d'une preuve d'importation de cocaïne au procès – La Cour devrait-elle permettre au ministère public de modifier l'accusation de manière à supprimer la mention du stupéfiant visé comme étant de l'héroïne?

R. C. SAUNDERS, 1020.

25. Prostitution – Tenue d'une maison de débauche – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution et par l'art. 193 de tenir des maisons de débauche – Les articles 193 et 195.1(1)c)

DROIT CRIMINEL—Fin

du Code portent-ils atteinte aux art. 2b) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par les art. 193 et 195.1(1)c) aux art. 2b) et 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

RENOI RELATIF À L'ART. 193 ET À L'AL. 195.1(1)C) DU CODE CRIMINEL (MAN.), 1123.

26. Prostitution – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 2b) et à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, la limite imposée par l'art. 195.1(1)c) à l'art. 2b) et à l'art. 7 est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. STAGNITTA, 1226.

27. Prostitution – Interdiction par l'art. 195.1(1)c) du Code criminel de communiquer en public à des fins de prostitution – L'article 195.1(1)c) du Code porte-t-il atteinte aux libertés d'expression et d'association garanties par les art. 2b) et 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. SKINNER, 1235.

DROIT DE LA FAMILLE

Biens – Fiducie par interprétation – Contribution de l'épouse à l'acquisition de biens détenus au nom de l'époux – Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation – Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation – Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause? – Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 4(1), 5(6), 10(1), 14, 64(1), (2), (3).

RAWLUK C. RAWLUK, 70.

DROIT DU TRAVAIL

Contrat – Congédiement injustifié – Poste créé et fonctions définies par une loi – Renvoi par un conseil scolaire d'un employé engagé en vertu d'un contrat – Contrat prévoyant le congédiement sur préavis – L'employé ne pouvait-il être renvoyé que pour un motif valable en vertu de The Education Act ou du contrat de travail? – The Education Act, R.S.S. 1978, ch. E-0.1, art. 106.

KNIGHT C. INDIAN HEAD SCHOOL DIVISION NO. 19, 653.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu – Enquête – Demande de renseignements ou de documents en vertu de l'art. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu – L'article 231(3) viole-t-il la garantie

DROIT FISCAL—Fin

contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives reconnues à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. MCKINLAY TRANSPORT LTD., 627.

FAILLITE

Ordonnance de dédommagement rendue dans le cadre du prononcé de la peine en vertu du Code criminel – Ordonnance rendue contre un failli non libéré visant le remboursement de sommes détournées – Ordonnance de dédommagement rendue sans le consentement du tribunal de faillite – Le consentement du tribunal de faillite est-il nécessaire pour rendre une ordonnance de dédommagement en vertu du Code criminel?

R. C. FITZGIBBON, 1005.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Fiducie par interprétation – Biens familiaux – Loi prévoyant le partage égal de la valeur des biens familiaux à la date d'évaluation – Augmentation importante de la valeur des biens après la date d'évaluation – Peut-il y avoir fiducie par interprétation quand la Loi de 1986 sur le droit de la famille prévoit un recours pour l'enrichissement sans cause?

RAWLUK C. RAWLUK, 70.

INDIENS

1. Droits de chasse – Un Indien visé par un traité a tué un ours en légitime défense et en a plus tard vendu la peau – La Wildlife Act de l'Alberta interdit le trafic d'un animal de la faune sans permis – L'interdiction s'applique-t-elle aux Indiens visés par le Traité n° 8? – Les droits de chasse énoncés au Traité n° 8 sont-ils limités par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930? – Wildlife Act, R.S.A. 1980, ch. W-9, art. 18, 42 – Traité n° 8 – Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, art. 12.

R. C. HORSEMAN, 901.

2. Traité – Droits – Coutumes et religion – Indiens d'une bande huronne accusés d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention d'un règlement provincial – Ce règlement est-il applicable aux Hurons qui exercent leurs coutumes et leurs rites religieux? – Le document signé par le général Murray en 1760 qui garantit aux Hurons le libre exercice de leurs coutumes et de leur religion constitue-t-il un traité? – Ce traité est-il encore en vigueur? – La portée territoriale du traité s'étend-elle au territoire du Parc de façon à rendre inopérant le règlement à l'égard des accusés? – Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 – Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37.

R. C. SIOU, 1025.

INDIENS—Fin

3. Droits ancestraux – Droits de pêche – Interprétation – Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande – La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

R. C. SPARROW, 1075.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Requête en rectification d'une ordonnance refusant l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada – Ordonnance causant une injustice à la requérante – Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement – Ordonnance rectifiée – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

REEKIE C. MESSERVEY, 219.

NÉGLIGENCE

Contrats de construction – Responsabilité de l'entrepreneur et du sous-traitant.

SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE KERRYBROOKE LTÉE C. ELLIS-DON LTD., 275.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada – Requête en rectification d'une ordonnance d'autorisation de pourvoi – Ordonnance rendue sur le fondement de documents écrits seulement – Ordonnance rectifiée conformément à l'art. 7 des Règles de la Cour suprême – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

REEKIE C. MESSERVEY, 219.

2. Actes de procédure – Radiation – Déclaration visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelles diverses lois fédérales et provinciales – La déclaration a-t-elle été radiée à bon droit?

DUMONT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 279.

3. Cour suprême du Canada – Requête en prorogation du délai imparti pour demander une autorisation de pourvoi et requête en autorisation de pourvoi – Requêtes présentées à la Cour suprême du Canada par l'accusé près de trois ans après la confirmation de sa déclaration de culpabilité par la Cour d'appel – Preuve n'indiquant aucune intention de se pourvoir devant la Cour suprême dans les délais prescrits – Explication insuffisante du retard – L'affaire concernant l'accusé n'est plus en cours – Requêtes rejetées.

R. C. THOMAS, 713.

PREUVE

1. Admissibilité – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'article 178.11(2)a viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? – L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? – L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. DUARTE, 30.

2. Admissibilité – Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation – Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs – Enregistrement présenté en preuve – L'un ou l'autre des art. 178.11(2)a ou 178.16(1)b viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? – Dans l'affirmative, sont-ils justifiés par l'article premier de la Charte?

R. C. WIGGINS, 62.

3. Auto-incrimination – Preuve dérivée – Preuve documentaire – Preuve matérielle – Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? – La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 20(2) – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 5.

THOMSON NEWSPAPERS LTD. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE), 425.

4. Auto-incrimination – Preuve dérivée – Preuve documentaire – Preuve matérielle – Dirigeants d'une société commerciale enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents en vertu de l'art. 17 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Les principes de justice fondamentale exigent-ils l'immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée? – La protection contre l'auto-incrimination qu'offre l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés se limite-t-elle à la «preuve testimoniale»? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.

STELCO INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 617.

5. Admissibilité – Témoignage d'expert – Femme battue qui, craignant d'être attaquée et même d'être tuée, tue son conjoint – Moyen de défense de légitime défense – Témoin expert donnant une évaluation psychiatrique d'une femme battue – Évaluation fondée en partie sur des éléments de preuve inadmissibles – Le témoignage d'expert est-il admissible? – Le juge

PREUVE—Fin

du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes relative-
ment au témoignage d'expert? – Code criminel, L.R.C. (1985),
ch. C-46, art. 34(2)a), b).

R. C. LAVALLEE, 852.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Syndicat – Devoir de représentation – Désistement par
le syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la
suite d'une entente globale de règlement des griefs à l'occasion
du renouvellement de la convention collective – Le syndicat a-t-
il manqué à son devoir de représentation? – Limites à la discrétion
d'un syndicat de poursuivre ou non un grief à l'arbitrage –
Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail en
cas de manquement par le syndicat à son devoir de représenta-
tion – Interprétation des art. 47.2 à 47.6 du Code du travail,
L.R.Q., ch. C-27.

CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE C. TRIBUNAL DU
TRAVAIL, 1330.

2. Tribunal du travail – Compétence – Étendue du pouvoir
de redressement du Tribunal du travail – Désistement par le
syndicat d'un grief relatif au congédiement d'un salarié à la
suite d'une entente globale de règlement des griefs à l'occasion
du renouvellement de la convention collective – Manquement
du syndicat à son devoir de représentation – Le Tribunal du tra-
vail a-t-il excédé sa compétence en déférant à l'arbitrage la
réclamation du salarié? – Interprétation des art. 47.2 à 47.6 du
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

CENTRE HOSPITALIER RÉGINA LTÉE C. TRIBUNAL DU
TRAVAIL, 1330.

TRIBUNAUX

1. Pratique – Requête en nouvelle audition de pourvoi –
Requête rejetée.

BANDE INDIENNE OREGON JACK CREEK C. COMPAGNIE
DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 117.

2. Cour suprême du Canada – Compétence – Requête en
rectification d'une ordonnance refusant une autorisation de
pourvoi – La Cour suprême a-t-elle compétence pour réexami-
ner une décision rendue au sujet d'une requête en autorisation

TRIBUNAUX—Fin

de pourvoi? – Règles de la Cour suprême du Canada,
DORS/83-74, art. 7, 50, 51(12).

REEKIE C. MESSERVEY, 219.

3. Cour fédérale – Compétence – Poursuite contre la Cou-
ronne – Loi fédérale conférant compétence exclusive à la Cour
fédérale relativement à toutes les réclamations contre la Cou-
ronne du chef du Canada – La loi fédérale porte-t-elle atteinte
au droit à l'égalité devant la loi prévu par la Charte? – Charte
canadienne des droits et libertés, art. 15(1) – Loi sur la Cour
fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1), (2) – Loi
sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38,
art. 7(1).

RUDOLF WOLFF & CO. C. CANADA, 695.

4. Cour fédérale – Compétence – La société défenderesse
demande d'ajouter la Couronne à titre de mise en cause dans
l'action intentée devant la cour supérieure de la province – Loi
fédérale conférant compétence exclusive à la Cour fédérale
relativement à toutes les réclamations contre la Couronne du
chef du Canada – La loi fédérale porte-t-elle atteinte aux art. 7
ou 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Loi
sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 17(1),
(2) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch.
C-38, art. 7(1).

DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL, CANADA LTD. C.
ZUTPHEN BROTHERS CONSTRUCTION LTD., 705.

5. Procédures – Publicité – Audience à huis clos à la Cour
suprême du Canada – Dossier, y compris le jugement et les
motifs de jugement, mis sous scellés pour protéger la vie des
personnes concernées – Les circonstances justifiant de traiter
l'affaire de façon confidentielle ont disparu – Levée des scellés
apposés au dossier, au jugement et aux motifs de jugement.

R. C. A (ORDONNANCE), 992.

7. Compétence – Cour supérieure d'une province – Rela-
tions de travail – Devoir de juste représentation – Action d'un
employé intentée en cour supérieure d'une province alléguant
un manquement du syndicat à son devoir de juste représenta-
tion – La cour supérieure avait-elle compétence en vertu du
Code canadien du travail pour entendre la réclamation de
l'employé? – Principes régissant le devoir de juste représenta-
tion – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 122,
136.1.

GENDRON C. SYNDICAT DES APPROVISIONNEMENTS ET
SERVICES DE L'ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE
DU CANADA, SECTION LOCAL 50057, 1298.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9